


# DEFENSA
# POR
# SEVILLA,

## EN EL PLEYTO,

QVE SIGVE CON EL COLEGIO DE LA SÀNGRE
DE LA VILLA DE BORNOZ,

## SOBRE

QVE NO SE HA DE LLEVAR A EXECVCION,
LA QUE PRETENDE DICHO COLEGIO SEA
EXECVTORIA DEL CONSEJO.

## EN EL ARTICVLO DE EXCESSO,

INTENTA[illegible] [illegible]EVILL[illegible] [illegible]L AUTO DEL JVEZ DEL DESEMPEñO
en o[illegible]

✠

# JESVS, MARIA, Y JOSEPH.



NO parece fue sin muy alta providencia lo prodigo por todos derechos de dexar à la perpetuidad el refugio de la in integrum restitucion en favor de los Pupilos, y Ciudades, previendo la enfermedad de comunidad de muchos, que vno por otro suele correr riesgo de descuydarlas. Tres Abogados (y grandes) tiene Sevilla, y es tanta su desgracia, que sus achaques los halla imposibilitados de hazer este Informe, que con tanto acierto executaran, obligandola à que busque algun remedio para todos; A los Abogados, para que no se graven mas; Y à Sevilla, para si puede convalecer de su mal de indefensa.

Loco atrevimiento (dixo S. Ambrosio) que era ofrecerse à los peligros sin mucha necessidad; y lo notò de culpable la ley 36. *de reg. iur. culpa est immiscere se rei ad se non pertinēti*; si bien la ley 2. §. *Servius* 43. *de orig. iur.* tuvo por torpeza en los varones Patricios ignorar el saber, para cumplir: *Turpe esse Patricio, & nobili, & causas oranti, rem, & ius in quo versarentur ignorare*; y no tuvo por ossadia la ley *Gallus*, §. *videndum.* verb *audenter de liber, & posthum*, la que se dirigia à cosas licitas.

Y la precision de defender à Sevilla (defecto que manifiesta bastantemente lo actuado en este pleyto) aviendola encargado à Capitular suyo, para que escriviesse, porque su justicia no quede cõfundida, no ha podido resistirse la obediencia, por ser esta vn sepulcro de la propria voluntad (Epitecto que le diò S. Juan Climaco) de donde no ay salida. Sacrificandose la insuficiencia, lo estraño de su profession, poca salud, y corto tiempo, que para ello tiene, y se ha dado, y preponderando à todo el obedecer, *Obedientia*, dixo S. Gregorio relatus *in cap. sciendum*, §. *obedientia* 8. *q.* 1 *quippe victimis iure præponitur, quia per victimas aliena caro, per obedientiam voluntas propria mactatur. Tanto igitur quisque Deum citius placat, quãtò ante eius oculos repressa arbitrij sui superbia gladio præcepti se immolat.* Prometiendose mediante esta, el logro del vencimiento, como assi lo moralizò Eschyl. *in sept. ad Phæb.* sobre la ficciõ de los antiguos de tener à Jupiter por Governador, Principe, y Magistrado, y averle dado por muger à la obediencia, de cuyo consorcio naciò la felicidad, y la victoria:



obe-

*Obedientia enim est felicitatis*
*Mater, coniux sospitatoris, vt sermo habet, &c.*

Conque no debe ser reparable que aya encargadose su defensa (aunq̃ no su desempeño) à quien la aya admitido por obediencia sin el riesgo de intruso, si bien à todos incumbe la obligacion de defenderla. *Reipublicæ interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere*, dixo la ley 4. *de oper. nou. nunciat.* y principalmente quando està à la vista la justificacion de su justicia, que tan aceptable pareciò al Real Profeta, *Psalm.*100.*vers.*3. *Non proponebam ante oculos meos rem iniustam.*

Defendieronla en los Estrados quando se vido este pleyto las Armas representadas en el Capitular de la Ciudad que subiò à ellos, y informa aora, y por si huviesse consideradose estraño, parece es de permitir la digression de manifestar à la ignorancia, que las Armas, y las Letras, no solo no son enemigas, sino que en si incluyen vna vnion Real.

De las Letras dixo Aureliano Casiodor. *lib.* 10. *variar. Epist.*3. que no puede aver fortuna tan alta, que no la augmente, y realce la gloriosa noticia de las Letras: *Nec aliqua in mundo potest esse fortuna, quam litterarum non augeat gloriosa noticia.* Del Rey D. Alonso V. de Aragon, y Primero de Napoles, que tan adornado fue de virtudes Reales, refieren Anton. Panorm. *lib.*2. *dictor. factor. què Regis Alphons. cap.*13. *&* 14. Pet. Gregor. *lib.*16. *de Republ. cap.*10. *num.*4. Paul. Iovio, y otros, que traìa por divisa, y empressa vn libro abierto, dando à entender, que la Purpura no estava bien sin las Letras. Y deste mismo Rey D. Alonso dize Ioann. Baptist. de Toro, *in addition. ad Ioann. Franc. de Ponte*, *tract. de potest Proreg. Neapolit. tit.*4. § 8. *num.*51. que aun despues de muerto quiso mostrar la aficion que tuvo à los libros, y à su compañia, y que siendo Virrey de Napoles el Conde de Miranda, reconociendo su sepulcro para trasladar sus huessos à otro mas realzado, se hallò en èl vn libro conque quiso ser sepultado.

Y si la vista de la memoria mira à la antiguedad, hallarà pintada à la fabulosa Deidad de Palàs (aliàs Minerva) armada con lança, y escudo, y vn libro, à la qual adoraban los Ethnicos por Diosa, encomendandole la tutela en paz, y guerra de sus Provincias, como refiere Lilio Giraldo *en sus Syntagmas.* Y Estrada *in symbol. Reg.* refiere de Julio Cesar, q̃ se mandò pintar sobre vna Esfera, en vna mano la Espada, y en la otra vn Libro con vn Mote: *Ex vtroque Cæsar*, dando à entender, que el Imperio lo avia adquirido con la ciencia, y mantenidolo despues con la Espada. Y lo mismo refiere de Federico IIJ. Emperador de los Romanos, que le pintaron tambien con Espada en mano, y en la otra vn Libro, puesto en este vn Mote: *Hic Regit*, y en la Espada: *Ille tuetur.* Y tambien dize lo mismo de Eduardo Rey de Portugal, que se mandò pintar con vna Lança, y vn Libro en la otra mano, con vn Mote: *Loco, & tempore*; para enseñar que las Armas, y las Letras avian de tener vnion, para

vsar

vsar de cada vna dellas conforme la ocasion, y el tiempo lo requiriessen.

Y en esta edad el señor Solorçano en la Emblema *Armis, & Litteris* refiere del Marques de Santillana Don Iñigo Lopez de Mendoza, que en vno de sus Proverbios, que se escrivieron, decia: *La sciencia no embota el yerro de la Lança, ni haze floxa la Espada en la mano del Cavallero.*

Y el Emperador Justiniano (como se refiere en el Exordio del Proemio de sus instituciones) vnivocò tanto las Letras con las Armas, q̃ dixo, que la Magestad Real convenia que estuviesse, no solo condecorada con las Armas, sino armada tambien con las Letras para el govierno del Imperio en el tiempo tranquilo, y de la hostilidad, *Imperatoriam Maiestatem, &c.* Y preguntando Acursio *in d. princip. Proœm.* verb. *Armis decoratam*, porque lo que es proprio de las Armas, que es armar, se atribuye à las Letras, y al contrario, responde èl mismo: *Vt ostenderet alterum alterius auxilio semper egère*; y ser milicia la de las Letras, como la de las Armas, se prueva *in leg. advocati. Cod. de advocat. divers. iudic.* ibi: *Militant namque causarum Patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine laborantium spem, vitam, & posteros defendunt.*

Esto mismo con mas propriedad, q̃ hyperbolicamente, y con practica inconcusa se halla en los supremos Tribunales, pues en su Augusto Dosel estàn las Armas Reales, y las Letras, aquellas como manifestando mantener lo decidido por estas, y estas publicando en sus Ministros el mantener à aquellas en la paz, que conserva la recta distribucion de su justicia debaxo de la proteccion de aquellas, y à este fin teniendolas sobre sus ombros, porque los pleytos son guerra viua, que reduce à paz vna executoria (aunque tambien los llamò Sacerdotes de la justicia la *ley. 1. de iust. & iur.* ibi: *Cuius merito quis nos Sacerdotes appellat; iustitiam namque colimus, &c.* à quien sacrifican en rectos Decretos decisiones venerables.)

Y lo mismo se halla en las Armas de Sevilla, pues lo son para defensa desta Republica el señor Rey S. Fernando, y los Santos Arçobispos San Leandro, y San Isidoro à sus lados; el Santo señor Rey con las Armas en la mano, y los gloriosos Arçobispos con el caractèr de su santidad, y Letras, vnas, y otras con la igual vnion; que vnivocò las Armas, y las Letras el Emperador Justiniano, como queda dicho, que no sin reverente misterio orla su impostura la parte superior de la puerta de su Real Audiēcia, y la de las Casas de su Cabildo.

Y pues en el caso presente se necessita vsar solo de las Letras para lograr la paz con la favorable decision de la Sala, diga Sevilla con Alciato, *emblema* 180.

*Arma cædunt Togæ, & quam dulcissima corda*
*Eloquio pollens, ad sua vota trahit.*

Y aunque no sean realçadas las vozes de su representacion para atraer



los

los votos de los que lo han de determinar, valganle las de su justicia para ser assi à su favor declarado; y permitasele que enmiende el verso de Alciato, diziendo:

*Arma cædunt Togæ, vestibusque longæuis.*

Porque entren en su rendido obsequio tambien las Togas Manteos.

# HECHO DEL PLEYTO.

ET cum principium cuiusq; rei potissima pars sit, *l.1. de origin. iur.* El Hecho deste pleyto se compendiò en Memorial à èl ajustado; que està repartido à los señores Juezes, que se hallaron à su vista; y porque en èl và todo en relacion, se pondrà solo aqui à la letra la sentencia de Domingo de Zabala del Consejo, y Contaduria mayor de Cuentas, que sucediò à Don Andres de Alava, de la Suprema general Inquisicion Juezes privativos, que fueron del concurso, y desempeño de Sevilla.

Este se originò de la Quiebra que tuvo Sevilla en sus rentas, porque hallandose sin credito la Real Hazienda con los Assentistas, la Mag. de el señor Rey Felipe Segundo, mandò, que Sevilla le buscasse grandes summas de dinero à credito de otras que le avia dado en juros de Almoxarifazgos, y Alcavalas, y sobre las Villas del Maestrazgo, que tambien le diò para que los tuviesse por Proprios, y à credito tambien de los mismos Proprios que antes tenia, conque solo vino à ser Sevilla vn Puente por donde passaron estas cantidades à la Real mano, y Real hazienda.

Faltò el valor de las rentas de dichos juros, ò por el contagio continuado que por mucho tiempo padeciò Sevilla, ò porque los vsurpadores dellas començaron à enflaquecerlas, è impossibilitada de la paga puntual à sus Acreedores, diò cuenta à su Mag. que embiò à los Ministros referidos con comission para el conocimiento de su Quiebra, diziendo: *Que era Sevilla la mayor parte de todos sus Reynos, cuyo remedio importaba proveer, para que bolviesse à su antiguo ser, y riqueza conque siempre avia acudido à las cosas de su servicio*; como parece en el pleyto à fol.133.

Y aviendo salido 974. Acreedores antiguos, y modernos à pedir sus creditos ante dichos Juezes, y entre ellos Don Perafan de Ribera, impostor del tributo, sobre cuya paga es este litigio; y mandadose formar por su Mag. junta especial de Ministros de su Real Consejo para irles dando cuenta dichos Juezes de lo que iban obrando, y para que conociessen de las apelaciones que destos se interpusiessen, como parece en el pleyto à fol.142.B. y aviendole separado à Sevilla Proprios para sus alimentos, y gastos de su Republica en aquellos mesmos Proprios que entonces tenia, que importaban mas de 18. quentos de renta, que son

los

los mismos que al presente goza, se diò sentencia de graduacion por el dicho Domingo de Zabala en 20. de Abril del año de 1605. que en el Memorial và puesta en relació, y todo lo referido en los n.32. y 33. y su copia consta en el pleyto à foj. 150. q̃ es del tenor siguiente; la qual fue cósentida por dichos Acreedores, y aprobada por su Mag. y dicha Junta.

*En la Ciudad de Sevilla à 20. dias del mes de Abril de 1605. años, el señor Domingo de Zabala, del Consejo, y Contaduria mayor de Hazienda de su Magestad, y su Juez para el desempeño de la dicha Ciudad, y para la cobrança, y paga de sus deudas, Dixo: que por quanto por la comission de su Mag. que para lo sobre dicho se le diò, se manda, que de la hazienda que se fuere cobrando en la dicha Ciudad se pague lo corrido de los tributos que ella tiene impuestos sobre ella por su anterioridad,* CONFORME A LA INSTRVCCION QVE PARA EL EXERCICIO DE LA DICHA COMISSION SE DESPACHO; *y en su cumplimiento en virtud de autos, que para ello el dicho señor Domingo de Zabala proveyò, se sacaron de los libros de la Contaduria de la dicha Ciudad, fees, y certificaciones firmadas de sus Contadores de todos los tributos que el dicho Cabildo, y Regimiento paga à diferentes personas con declaracion, y distincion de la cantidad de cada vno, y por cuenta de que facultad de las que su Mag. concediò à la dicha Ciudad, y de los efectos para que fueron. Y aviendolo visto todo; y comunicado con Letrados de sciencia, y conciencia, y hecho las demas diligencias necessarias, para la averiguacion, è inteligencia de la dicha anterioridad, y graduacion, aviendo resuelto los puntos, y dudas, que sobre ello se ofrecieron. Mandava, y mandò, que de la hazienda de juros, rentas, è sisas, è imposissiones que la dicha Ciudad al presente tiene, y goza, para desde primero de Enero deste dicho presente año de 1605. en adelante se paguen lo corrido de los dichos tributos à las personas, que legitimamente los huvieren de aver desde el dicho dia primero de Enero en adelante, señalada,* Y PRECISAMENTE DE LA HAZIENDA QVE ABAXO SE DECLARA, *en los lugares que cada vno se dirà; porque en quanto à lo que se les debiere de lo corrido de los dichos tributos, hasta fin del año passado de 604 reserva en si el mandarlos pagar de lo que se fuere cobrando de lo corrido de los juros, y rentas de la dicha Ciudad hasta fin del dicho año de 604. y de otra qualquier hazienda, que para el dicho efecto huviere, y su Mag. concediere, esto sin perjuyzio de qualquier persona que pretendiere tener mejor derecho, y lugar del que se le pone en esta graduacion, porque en qualquier tiempo que parezca se ha de oìr, y proveer conforme à justicia.*

*Con lo procedido de la renta de las 6. Villas del Maestrazgo, y de los 6.944U765. mrs. que quedan de los 8.082U343. mrs. de juro sobre las Alcavalas de la dicha Ciudad del año de 579. se han de pagar los 17.626U390. mrs. que montan los tributos impuestos sobre ella contenidos en vna relacion que và à parte, que tiene 250. partidas por su antelacion, y data, como en ella vàn escritas.*

*Con los 10.852U488. mrs. que quedan del juro de los 50U. ducados de* rente

renta del año de 580. que la dicha Ciudad tenia en las Alcavalas, y con 300U580. mrs. de lo procedido del 4. por 100. se han de pagar los 11.153U068. mrs. que montan los tributos que la dicha Ciudad toma, y paga por la dicha cuenta, que son los contados en esta relacion, que và à parte en 109. partidas por la orden, y forma que en ellas se declara.

Con los 6.199U415. mrs. que restan del juro de 8.035U714. mrs. del año de 82. que la dicha Ciudad tenia en Alcavalas, se han de pagar los 6.219U408. mrs. que montan los tributos que se tomaron para la paga del dicho juro, que son los contados en otra relacion que và à parte, escrita en 84. partidas en la forma que en ella se declara.

Con los 13.169U562. mrs. que quedan de los 20. quentos de juro, y renta del año de 83. situados en Alcavalas, y Almoxarifazgos, se han de pagar los 13.115U985. mrs. que montan los tributos que se tomaron para la paga de los dichos veinte quentos de renta, que son los contenidos en otra relacion, que và à parte escrita en 145. partidas en la forma que en ella se declara.

Con los 9.566U237. mrs. de juro, que quedan de los 23.125U. mrs. de juros del año de 88. situados en las Alcavalas, y Almoxarifazgos se han de pagar los 9.562U703. mrs. que montan los tributos que la dicha Ciudad paga sobre ellos de los que tomò para la paga de los dichos 13.125U000. mrs. que son los contados en otra relacion, que à parte và escrita en 75. partidas en la forma que en ella se declara.

Con lo procedido del vn quarto de maravedi por ciento, que se cobra en la Aduana desta Ciudad se han de pagar los tributos, que tomò para la paga de los 300U000. ducados, conque sirviò à su Mag. porque no se nombrassen Cavalleros de contia en la dicha Ciudad, ni su tierra; que montan 5.256U256. mrs. conforme la relacion que dello và à parte en 54. partidas.

CON LO PROCEDIDO DE LA RENTA DE PROPRIOS DE LA DICHA CIVDAD, AVIENDO CVMPLIDO, Y PAGADO LOS GASTOS ORDINARIOS DE LA REPVBLICA, Y LOS SALARIOS DE LAS PERSONAS QVE SE OCVPAN EN OFICIOS, Y PLEYTOS TOCANTES A LA CIVDAD, se han de pagar los 19.426U379. mrs. que montan los tributos que la dicha Ciudad paga de los tomados para el Albondiga, y Pestes, hidalguias, socorros de Cadiz, gastos de guerra, paga de juros de Almoxarifazgos, y para prestar à su Mag. CONFORME A LA RELACION QVE DE ELLO SE A FECHO, QVE VA A PARTE EN 253. PARTIDAS POR LA ORDEN, Y FORMA EN ELLA DECLARADA, EN QVE ENTRAN LOS TRIBVTOS VIEJOS QVE LA DICHA CIVDAD PAGA POR CASAS, Y SOLARES TOMADOS PARA ENSANCHAR PLAZAS, CARNICERIAS, AVDIENCIA, Y OTRAS COSAS, TODO POR SV ANTELACION, Y DATA, COMO EN LA DICHA RELACION VA PVESTO. Y porque conforme à la relacion que se ha fecho del hazienda que tiene, y goza la dicha Ciudad, falta cantidad de mrs. cada año para cumplir, y pagar los tributos desta dicha relacion, concediendo su Mag. adbitrios, y facultad, para poder gozar lo que assi fuere, SE HA DE PAGAR DELLO CONFORME LA GRADVACION DE LA DICHA RELACION; y para que todo lo

sobre-

*sobredicho tenga cumplido efecto conforme su Mag. lo manda, el dicho señor Domingo de Zabala mandaba, y mandò se asiente en los libros de la Contaduria de la dicha comission copia de las dichas relaciones, y deste auto; y assi lo proveyò, y firmò, Domingo de Zabala.*

2 Y la memoria de la graduacion de los 253. Acreedores, que en ella se mencionan para pagarles por sus grados, consta desde fol. 152. B. hasta fol. 193. y tiene por cabeza lo siguiente: *Tributos tomados por diferentes cuentas, y para diferentes efectos, y graduacion de como se han de pagar todos los dichos tributos conforme à la antiguedad de cada vno dellos, con lo procedido de la renta de los Proprios.* Y prosigue la continuacion de las personas, cantidades, y grados desde num. 1. hasta num. 257. por aver salido à dicho cõcurso otros quatro Acreedores mas; y en el num. 15. està graduado este tributo de Don Perafan de Ribera; y consta assimesmo en sus margenes los numeros de tributos redimidos anteriores, y posteriores à dicho tributo de Don Perafan.

Esto assentado, aunque Sevilla quisiera que fuesse breve este informe lo numeroso de todos los puntos deducidos en este pleyto, el hecho desde su principio, y malas consequencias, respecto de otros Acreedores, rezela no le han de dexar lograrlo, no porque quiera dilatarse, sino por expressar, y fundar los muchos que asseguran su justicia, y dexar satisfechos los intentados de contrario queriendo obscurecerla, valiendose de el rigor de la que se llama executoria del Real Consejo, que aunque como causa Sevilla reverencia el nombre, tiene por interpretable, ò inexequible su efecto, à cuyo modo de dezir, y explicarse (culpando lo cõtrario) muy al caso presente assintiò Gayo, tomando la descripcion del derecho comun desde su origen de las leyes de las 12. Tablas, *in leg* 1. *de origin. iur.* ibi: *Non quia velim verbosos commentarios facere; sed quod in omnibus rebus animadverto, id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret. Deinde si in foro causas dicentibus, nefas (vt ita dixerim) videtur esse nulla præfatione facta, iudicium exponere: quantò magis interpretationem promitentibus inconveniens erit omissis initijs, atque origine non repetita, atque illotis (vt ita dixerim) manibus, protinus materiam interpretationis tractare? Namque (nisi fallor) istæ præfationes, & libentius nos ad lectionem propositæ materiæ producunt; & cum ibi venerimus, evidentiorem præstant intelectum.*

Estimable es en sucintas clausulas comprehender lo mucho que huviere que dezir, pero no debe lo afectado del Laconismo debilitar lo sentencioso, ni defraudar lo inteligible, quando no es reducible todas vezes à pocas vozes el buen pleyto, si necessita de multitud de circunstancias que le defiendan, y expliquen, como assi lo dixo Petr. Mauric. *lib.* 1. *Epistol.* 34. ibi. *Quandóque possunt multa brebiter dici, sed vbi brebitas sententiarum pondera non evacuat, non vbi intelectus multa necessario intelligenda de-*

*fraudat: cum nemo brebiter dic ere possit , quod nec verborum multitudo vix valeat explicare.*

Valga pues tambien à quien la obediencia le ha entrado en este informe la obediencia misma,y obligacion capitular contra la calumnia maligna de la censura publica de las vozes , ò tacita del sobrecejo de los semblantes,que solo solicita clientulo la defensa de la justicia de su nativa Patria,y Republica,sirviendo , y militando debaxo de sus Armas contra la invasion de diferentes Autos,y sentencias dadas por su immediato Patron,y Cabeza,como Juez del desempeño,asociado de hijos de esta misma Ciudad,à instancia, assimismo de hijos suyos , y de su tierra, queriendole quitar à Sevilla,y à su vezindad (proh dolor!) los alimentos que liberal para su mismo vso les ha franqueado, y administra ; y cumpliendo con esta obligacion diga con Ovid.3.*de Pont.Eleg.vlt.*

*Da veniam scriptis,quorum non gloria nobis*
*Causa,sed officium,vtilitas que fuit.*

Y passando al pleyto,pretende pues Sevilla,se ha de declarar que excede el Conde de Montellano,Assistente que fue desta Ciudad , y Juez de su desempeño,en aver mandado por su auto de 7.de Febrero del año passado de 1691. con parecer de Asceffor : que en cumplimiento de la Executoria del Real Consejo,se despachasse à la parte del Colegio de la Sangre de la Villa de Bornoz , mandamiento de execucion contra las Alcavalas de la Villa de Escacena,y todos los demàs efectos , y Rentas de los Proprios de Sevilla,por vn 1.609U955. mrs.por los reditos de su Tributo de cinco años,y dos tercios , cumplidos fin de Agosto del de 1689.quien sobre la nulidad de los autos,y demàs excepciones opuestas que infringen la executoria,acuda à pedir lo que le cōvenga ante los Señores del Real Consejo,y sobre las modificativas,y demàs legitimas,reservò su derecho para los diez dias de la ley. Y que tambien se ha de declarar excede en el mandamiento despachado de embargo , y en aver mandado assimesmo , que anduviessen en pregon los bienes raizes de Sevilla los dias que faltaban. Y que excede assimesmo en no aver oydo primero àSevilla,como debia, sobre las legitimas,y nuebas excepciones, y defensas, q̄ deduxo antes de la provision de dichos autos,y q̄ tambien por via de accion opuso en nombre de la causa publica,y como su Administradora,que en su lugar cada vna sè irà expressando.

Es vulgar axioma , y principio assentado de derecho, quod ex facto ius oritur *lg. si ex plagijs 53.§.in cliuo ad l.Aquil.lg.fin.in princip. de iur. iurand.* Menoch.*cons.2.n.*208. Petr.Barbos.*in lg.Titia. n. 25.solut.matrim.*

Y comprehendido el hecho deste pleyto , èl solo se basta para su defensa,pues por la sentencia de graduacion consta la division que el dicho Domingo de Zabala(Juez del concurso de Sevilla)hizo de los bienes,y Proprios q̄ tenia , haziendo pago à aquellos acreedores que censuaron

ſuaron ſu dinero ſobre las Villas del Maeſtraſgo, y juros que avia dado el Rey à Sevilla por Proprios, para que ſobre ellos le tomaſſen, con los miſmo juros, y efectos de dichas Villas, como fincas eſpecialmente afectas à las cantidades que ſu Mageſtad percibiò, en las quales quedò el dominio directo, y vtil à eſte numero de acreedores, à cuyos cenſos les diò nombre el Contador del deſempeño de Tributos de Cabimiento, porq̃ cabian ſus principales en el valor, y monto del principal de dichos juros, y Villas, prorrateando cada vno dellos en los acreedores à que alcançaban, y para la explicacion de los demàs Tributos que no le tenian, y quedaban ſin finca.

Y proſiguiò en la miſma ſentencia (como queda dicho) aplicando à Sevilla (como no podia eſcuſar) los Proprios antiquiſsimos que tenia, para que con ſu procedido ſe pagaſſen los gaſtos de ſu Republica, cauſa comun, y publica, coſtas de pleytos, y ſalarios de las perſonas que neceſſita, cuya ſentencia de graduacion fue (como ſe ha referido) aprobada por ſu Mageſtad, y por los Miniſtros de ſu Conſejo, que nombrò ſolo para eſte negocio. Y en todas las comiſsiones que deſpues ſe han dado, ſe repite ſu aprobacion.

Y que los Proprios que entonces tenia ſon los miſmos que al preſente tiene, y que ſe le aplicaron à Sevilla para ſus alimentos, por averlo aſsi mandado el Conſejo, y que ſe graduaron todos los tributos que pagaba, y que à vnos ſe les ſatisfizo en dinero, y à otros en fincas (que ſon las referidas) y à otros en dichos Proprios deſpues de dichos gaſtos, y que por eſta cauſa, y no tener finca cierta, ſino el reſiduo, deſpues de ellos, ſe les diò à eſtos tributos nombre de Tributos de no Cabimiento, ſe juſtifica por la certificacion, que eſtà en el pleyto à fol. 44. dada por Pedro Nolazco Ramirez, Contador del deſempeño. Y por ella conſta aſsimeſmo, que entre eſtos tributos de no cabimiento ſe graduaron tambien los tributos viejos que la Ciudad pagaba, aſsi por Caſas, y ſolares que avia tomado, como por dinero que avia percebido, de los quales era vno eſte de D. Perafan de Ribera, que eſtà graduado al n. 15. como ſe juſtifica tambien de dicha ſentencia de graduacion, y memoria del numero de acreedores, y ſus grados que queda referido, para la forma, y lugar de ſu paga, como queda dicho. Y tambien, que en eſta miſma relacion de Acreedores, y de ſus grados, ay diferentes anotaciones à la margen, vnas tachadas, y otras claras para el govierno de ſus pagos, y que à la margen de donde eſtà pueſto eſte Tributo, ay dos notas aunque tachadas, en que ſe dize *eſtà redimido eſte Tributo*: conſta en el Memorial à fol. 32. 33. 40.

De que por concluſion ſe convence la diferẽcia, y cauſa del nombre deſtos tributos, y q̃ los tributos de cabimiento ſe llamaron aſsi, porque cabian en las fincas en que con ellas à muchos ſe les hizo pago, Que los

Pro-

Proprios que Sevilla al presente tiene, son los mismos que de orden del Consejo, y con aprobacion de su Magestad, y consentimiento de todos sus acreedores (como tambien se justificarà adelante) se le aplicaron, y consignaron, para sus alimentos, y gastos de su Republica. Que con el residuo de lo procedido de dichos Proprios despues de dichos alimentos, y gastos, y con lo que valiessen los arbitrios que su Magestad fuesse servido conceder se les avia de ir satisfaciendo à estos acreedores, que quedaron sin finca, que fueron 257. con los 4. que despues de dicha sentencia se augmentaron. Y vltimamente queda expressada la causa (para su inteligencia) de tener vnos, nombre de *tributos de cabimiento, y* y otros, *de no cabimiento*, y que en estos de no cabimiento estàn inclusos aquellos à que les dieron nombre de *tributos viejos*. Consta en el Memorial n. 6. 32. 33. y 40.

La quiebra de Sevilla fue, y es notorio que la ocasionaron los empeños que contrajo en servicio del Rey, y que no està comprehendida en ninguna de las tres especies de quiebras, que mencionan Strahc. *de decoct. 2. p. n. 2. cum seqq.* Cancer. *variar. 2. tom. cap. 9. ex n. 43.* & alij. Y no aviendo como no hubo en nada deste punto controversia, con la expression de su puntual hecho, que à la primera inspeccion està reconocido, y la justicia q̃ mediante èl asiste à Sevilla, no pareciò se necessitaba de escrivir, porq̃ el mas cõcluyente informe es el q̃ dà la evidẽcia del hecho, y el derecho claro que le faborece, y ser la mas conteste prueba la que se justifica *per rei evidentiam, L. si irruptione § fin. fin. regund.* Costa *de remed. subsid. remed.* 101. *n.* 1. *& seqq.* Tusch. *lit. M. conclus.* 183. *in fin. & lit. P. conclus.* 776. *& lit. S. conclus.* 500. *n.* 3. D. LaRea. *allegation. fiscal.* 63. *n.* 41. como en el caso presẽte la tiene todo su hecho, y la sentencia de graduacion referida.

Pero aviendose escrito de contrario, es inculpable la defensa, quando la irrita la provocasion, diziendo lo que D. Hieronim. *Epistol.* 14. *in August. Si in defensionem mei aliquid scripsero, culpa in te est, qui me provocasti, non in me, qui respondère coactus sum*, aunque con grande temor, por la grande erudicion del Abogado, que defiende à la parte contraria (y termino à voluntad suya para aver escrito, sucediendo al contrario en el que se le ha concedido à Sevilla) por cuyo conocido magisterio se puede decir lo que de Virgilio dixo Macrobio en sus Saturnales, *cuius gloria nullius laudibus crescit, nec vllius vituperatione minuitur.*

Dividirase en quatro puntos su defensa à imitacion de lo que dice la Glos. *in § igitur in proœm institution. civil.* ibi : *Divisio legentis animum movet, mentem intelligentis præparàt, & memoriam artificiose reformat.* En el primero se fundara tener notoria nulidad todos los Autos que se hizieron ante el Juez del desempeño, y el Auto difinitivo que en ellos pronunciò contra Sevilla, y sus Proprios, y que la confirmacion del Con-

sejo

ſejo de dicho Auto no le diò validacion alguna ; y ſi ay en eſte pleyto tres ſentencias, ò vna. En el ſegũdo, ſe juſtificaràn las nulidades eſpecificas que dichos Autos, y Auto incluyen en ſi. En el tercero: que caſo, que ſe niega, corrieran con ſubſiſtencia dichos Autos en todas tres inſtancias, y dellos ſe huviera ſeguido executoria, ſi debe ſer eſta exequible mediante las exepciones modificativas , y impeditivas, y per modum actionis, que conſtan de los miſmos Autos , y nuebamente ſe han reproducido, y ofrecido probar in continenti por Sevilla, y ſe han opueſto antes que de contrario ſe huvieſſe vſado de dicha executoria. El quarto: ante quien deban eſtas oponerſe. Y ſi excede el Juez del deſempeño aviendolas admitido en no aver oìdo à Sevilla, y determinado difinitivamente ſobre ellas, aviendo formado en ello articulo previo , y en aver deſpachado mandamiẽto de execucion, y embargo contra ſus Proprios.

Y afectarà en ſu defenſa eſcuſàr lo numeroſo de citas de Authores, reduciendolas à los mas Claſicos , y viſtos , donde ſe hallan aquellos, por no hazer mas dilatado eſte Informe, y reglandoſe mas a los textos.

## PVNCTO I.

*No ay en eſte pleyto Actor legitimo , Juez competente, ni Reo convenido.*

N. 1. PAra que aya coſa julgada es preciſſa la legitimidad de la perſona del Actor. Competencia de juriſdicion en el Iuez que determina. Y perſona legitima tambien de Reo convenido, y formalidad de juizio.

2. Y debiendo preceder , y ſiendo neceſſario en todos los juizios civiles, y criminales la legitimacion de la perſona *lg. qui ſtipendia 9. lg. licet. 24. Cod. de procurator. lg. nõ ignorat 9. lg. ſi quis 20. lg. ſi liberti. 21. Cod. de his qui accuſar. non poſſ. cap. 1. de accuſſation.* ibi : *Si legitimus non fuerit accuſator, non fatigetur accuſatus. cap. in noſtra de procurator.* Bart. *in lg. 2. de edict. D. Adrian. tollend.* Avendaño. *titul. de las exepciones n. 22.* D. D. Ioann. del Caſtillo, *lib. 5. controuerſiar. cap. 24. n. 130.* Amat. *variar. reſolut. lib. 2. reſolut. 78. ex n. 1.* D. Gregor. Lop. *in lg. 3. tit. 10. p. 3. gloſ. 1.* La perſona que impuſo eſte Tributo el año de 1570. fue Don Perafan de Ribera, que ni pide, ni ha pedido ſu paga.

3. Y ſiendo quien à pueſto la demanda , y ſeguido eſte juizio el Colegio de la Sangre de la Villa de Bornos, conſta que no à legitimado aver ſucedido en el por titulo , ni cauſa alguna *al n. 5.* del Memorial. Y no ſupone el Poder q̃ parece dado por el ſeñor Duque de Medina-Celi, como Patrono que ſe dize en èl ſer de dicho Colegio à Don Thomàs Cabero , porque lo relativo de vn hecho ſin mas juſtificacion que la mera relacion nõ facit ius, ni prueba, ni dà derecho *cap. ex litteris. de fid.*



*inſ-*

*instrument.* Tiraquel. *in Lg. si vnquam* verb. *libertis. n. 37. de revocand. donation.* D. Salgad. *in laberynt. p. 1. cap. 39. n. 26.* Barbos. Velasco *in axiomat. iur. lit. F. n. 34.* y no consta en los Autos de Patronatò alguno, ni de que sea dicho señor Duque tal Patrono, y caso, que se niega, que lo fuesse, menos supone su Poder siendo como se pretende interès de dicho Colegio dicho Tributo.

4. Y siendo quid facti el pertenecer dicho Tributo à dicho Colegio, y ser Patrono dicho señor Duque, y tener qualquiera de los dos, ò entrambos Poder para el cobro de dicho Tributo es *quid facti* que no se presume, sino se prueba, *Lg. in bello 12. § facta de captiu. & postlim. reverf. Lg. quæcumque §. fin. de publican. Lg. si emācipati. 9.* vbi Jason. *Cod. de collat. Lg. 1. Cod. de probat. Lg. asseueratio. Cod. de non numerat. pecun, cap. cum Ioannes §. verum de fid. instrum. cap. 1. de constitution. lib. 6.* Roland. à Vall. *cons. 32. n. 17.* Menoch *de præsumpt. lib. 6. q. 14. n. 1. & seqq.* D. Valenzuel. Velasq. *cons. 119. n. 130.* Gonzal. *ad reg. 8. Chancell. glos. 43. n. 95. & glos. 62, num. 28.*

5. Sin que obste (como se refiere en el Memorial *n. 5.*) que aunque no està legitimado en los Autos, ni ay instrumento por donde se justifique ser dicho Colegio heredero de dicho señor Duque, ni adjudicacion que se le aya hecho de dicho Tributo, el que se le han pagado los reditos dèl por parte de Sevilla; porque todo lo que ha cobrado ha sido indebido, y sin noticia de Sevilla con la mano poderosa, que es notorio tubo el señor Duque de Medina-Celi, D. Luis, y su successor, y apoderados, percibiendolo colusoriamente de los Mayordomos de sus Proprios, y sin librança de Sevilla como era precisso, y tomada la razon por sus Contadores, y se justificò, y refiere en el Memorial *n. 11 y 15.* cooperando en la colusion el Mayordomo, Escrivano, y Contador del desempeño, y la facilidad tambien en el Juez que consentia en su paga. Lo qual se podia, y pudo executar sin saberlo Sevilla, respeto de que el Mayordomo de sus Proprios dà las quentas de su cargo, y se le toman por dicho Juez del desempeño, y por su Contador, y ante su Escrivano sin que Sevilla tenga intervension en este acto, como se justifica, y refiere en dicho Memorial *al n. 11. y 15.*

6. Y este cobro, y paga colusoria no solo no puede ni debe perjudicar à Sevilla para que se aya de continuar su satisfacion, sino que en ello se cometiò delito, cum colusio sit delictum, vt probat Menoch. *de præsumption. lib. 5. præsumpt. 26. n. 1.* Barbos. *in cap. 3. de colus. deteg. n. 2.* ò por lo menos se procediò en todos con dolo, percibiendo del monto principal de dichos Proprios lo que apenas pudiera intentar del residuo que sobrase, si lo huviesse, despues de los gastos que necessitasse Sevilla para la causa comū, y publica, y no quedādo residuo alguno, vino à pedir, y cobrar el dicho Colegio lo que en justicia debiò, y debe restituir me-

dian-

diante este dolo, porque *dolo facit, qui pet it quod redditurus est. L. dolo de dol. mal. & met.* y assi Sevilla tiene reconvenido à dicho Colegio, para q̃ buelva lo que ha cobrado, y para ello ha vsado tambien del recurso de la in integrum restitucion.

7. Concurre tambien ademàs de la falta delegitimacion referida en dicho Colegio, què Miguel de Romay, que en su nombre ha seguido este pleyto, no tiene poder en estos Autos de dicho Colegio, ni de dicho señor Duque para ello, (sin embargo de averse pedido repetidamente, y mandadose lo presentasse) como se justifica en el Memorial *al n.19.* y que solo ay el poder que và referido, dado por el señor Duque à Don Thomas Cabero sin averle substituido en dicho Miguel de Romay, & quod non apparet, dicitur non esse. *L. in lege. de contrah. emption.* Parexa. *de instrum. edit. tit.7. resolut.3. §.3. n.34.* y este defecto de poder constituye todos los Autos en nulidad notoria. *L. licet Cod. de procurator. L.24. tit.16. lib.2. recop. y la Ordenança desta Real Audiencia* que indispensablemente se observa. Y mucho mas siendo pleyto de Comunidad debia ser especial, y dado colegialiter. *L. illud. §. fin. de minorib. L.2. Cod. de decurion. lib.10.* y aun presentado el poder, si se opusiesse no ser bastante, era necessario que el Juez ante quien pendiesse lo declarasse. *L.2.3. tit.2. lib.4. recop.* text. express. *in cap. in nostra. de procurator.* donde en mas estrecho caso que el presente, pues lo fue, aver començado à seguir vn pleyto vn Procurador con Poder, revocadosele despues, y hechosele saber, y sin embargo proseguido en su defensa hasta que se sentenciò, aun ponderandose lo grande, y justificado de los Juezes que lo determinaron, atendiendo el Pontifice à la exepcion, y defecto de Poder, por sentencia declarò ser irritos todo lo controvertido, y el Processo: ibi: *Attendentes etiam, quod falsi Procuratoris exeptiò, non solum ante sententiam, verum etiã postea potest obijci, vt pote qua probata, iudicium nullum, & nullius momenti controuersiæ reputantur, processum supradictorum iudicum sententialiter duximus irritandum.* De que se prueba tambien lo grande del defecto del Poder, pues aun despues de la sentencia puede oponerse para la nulidad de los Autos.

8. Y este defecto de Poder en el Procurador es insanable, aunque el pleyto se determinasse à fabor de su parte. Vantio *in titul. de nullitat. ex defect. mandat. per tot.* D. Salgad. *de reg. protect. 4. p. cap.7. n.133.* mayormente aviendose alegado en todas instancias (como parece al fol. 12.19. 41. del Memorial) y pedidose por Don Francisco de Arçe (aunque sin poder, ni orden de Sevilla para que le siguiesse) en repetidos alegatos q̃ le presentasse, y mandadolo assi el Iuez, y notificadosele à dicho Miguel de Romay, quien no lo presentò. Y este defecto de no averlo pressentado en ninguna de las tres instancias, y sin el averse pronunciado la sentencia de revista, aunque despues de ella lo presentasse,

no aprovecha, y son nulos los Autos D. Salgad. late cum multis quos refert. *de reg. protect. d. p. 4. cap. 7. ex n. 127. ad 132.*

9. Y esta striccion de que se aya de presentar el poder antes de la sentencia, y que despues no valga, y sean los Autos nulos es justissima, siendo sin duda la razon, el obviar, que siendo los Autos nulos por defecto de poder en el Procurador, el que tuviesse sentencia en contra, se evadiera de que se executasse, diziendo de nulidad despues de vn largo litigio, como puede dezirlo aun siendo faborable, ex dictis n. antecedenti ex D. Salgad. *in d. n.* 133. fraudando à la parte contraria de lo faborable de la sentencia.

10. Con que siendo todo lo actuado nulo por defecto de Poder, la sentencia que se pronunciare, no puede passar à ser cosa juzgada, aunq̃ se componga de tres sentencias conformes, y se presente despues dellas, y es exepcion que opuesta impide su execucion D. Covarr. *practic. cap.* 25. *n.* 4. Carazc. del Saz. *in tract. vtrum restitut. in integr. locum habeat cõtr. sentent. reuision n.* 62. optime & late, en terminos del caso presente Torreblanca *de iur spiritual. lib.* 15. *cap.* 12. *de nullitatib. advers. rem iudicat. ex n.* 33. *&* 75. *& fere per tot.* y en el libro *de Magia & Epitome delictorum. lib.* 3. *cap.* 30. *de impedientib. execution rei iudicat. per tot.*

11. Y es tan grande el defecto de Poder para la nulidad de los Autos, que se iguala al de la nulidad que comete el Juez executor, quando excede de su comission; porq̃ ambos defectos son stricti iuris, y se ha de estar à lo expressado. D. Salgad. *de reg. protect.* 4. *p. cap.* 3. *n.* 104. *& seqq. & ex n.* 116. *ad* 127. De que resulta sean nulos todos los Autos deste pleyto por defecto delegitimacion en la parte de dicho Colegio, y falta de poder à Miguel de Romay en sus tres instancias.

12. Y quede aqui notado (para lo que se fundarà adelante) el dolo, y simulaciones, entre otras, con que de contrario se hà procedido, en no aver querido legitimar el dicho Colegio tocarle este Tributo, si le toca, ni aver presentado Miguel de Romay el Poder, si le tiene, aviendose en todo el discurso del pleyto pedido vno, y otro repetidas vezes, y mandado, y notificadosele lo presentasse.

13. Contienen tambien notoria nulidad los Autos referidos; y el difinitivo de dicho Juez de desempeño de 18. de Agosto de 1688. porque siendo su comission relativa à todas las antecedentes que se han dado à los Iuezes del desempeño subsiguientes à dicho Domingo de Zabala, y Iuan Muñoz de Escobar de la Contaduria Mayor de cuentas, que lo fue tambien, la facultad que en estas se concede, y se les hà concedido, es para el buen cobro de las Rentas de los Proprios de Sevilla, y de los efectos que cõcediò, y aplicò el Rey para su desempeño, y para hazer pago por su anterioridad à los Acreedores de los Tributos Viejos, y de no Cabimiento, q̃ quedan dichos, *guardando, y cumpliendo en*

*todo*

*todo la graduaſion hecha por Domingo de Zabala*, conſta en el Memorial à fol.37.y 33.

14. Y ſiendo como es mere executiva eſta comiſion, y facultad, y ſtricta à la ſentencia de graduacion, que diò dicho Domingo de Zabala para guardarla, y cumplirla en todo, y ſu obſervancia; y cumplimiento conſiſtir en mantener los pagos hechos à los Acreedores referidos de Cabimiento, à quienes ſe les conſignaron, y ſe les dieron inſolutum las fincas afectas à ſus cenſos, no pudiendo quitarſelas, y ſus grados ninguno de los Juezes ſucceſſores para otros Acreedores à quienes entonces no ſe les hizo pago.

15. Y conſiſtiendo aſsimeſmo el vſo, y ſtricta facultad de ſus comiſiones en aver de hazer pago à aquellos Acreedores de no Cabimiẽto (en que juntamente ſe graduaron los Tributos que ſe les diò nombre de Viejos por ſu antiguedad) con lo procedido de los Proprios que ſe le dexaron à Sevilla para ſus alimentos, y de la cauſa comun, y publica deſpues de cumplidos, y pagados todos los gaſtos de la Republica, de pleytos, ſalarios, y todo lo demàs que ſe neceſsitaſſe, como parece en dichos *numeros* 33.*y* 37. aviendo el dicho Juez del deſempeño pronunciado dicho Auto de 18. de Agoſto de 688. mandando abſolutamente ſin diſtincion de grados, ni efectos, ſe le hizieſſe pago à dicho Colegio *del producto de las Alcavalas de la Villa de Eſcacena, y de todos los demàs Proprios que tuvieſſe Sevilla, y de qualeſquiera efectos tocantes à dichos Proprios, y los que la parte de dicho Colegio eligieſſe, para lo qual ſe dieſſen los deſpachos neceſſarios*. como parece en dicho Memorial al *n*.20. fue vna directa revocacion de dicha ſentencia de graduaſion, aprobada entonces, y ratificada haſta aora por el Rey, y ſu Real Conſejo en todas las comiſsiones de los Juezes del deſempeño que ha avido, y exceſſo notorio de la comiſsion que tenia, y juriſdiccion que por ella ſe le avia dado, porque infringiò en vn todo la execucion de entrambas, en la graduaſion, forma, orden, y ſubſtancia, y todo contra derecho, que no pudo. Nam iuriſdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare non eſt cuiquam permiſſum. *l.teſtandi Cod.de teſtament.* y el que excede en ſu comiſsion de lo que ſe le cometiò *aliud quid facere videtur L.diligenter.ff.mandat.*

16. Y es tan grande el exceſſo de dicho Juez del deſempeño en la proviſion de dicho Auto, quanto ni aun pudiera darlo el miſmo Domingo de Zabala ſi huviera ſido Juez deſte litigio, porque aviendo dado la ſentencia difinitiva de graduacion que diò, functus fuit officio ſuo para no poderla revocar, ni alterar. *L.iudex poſtea quã.l.quod iuſsit.L.acta §.amplianda.de re iudicat.* Y ſiendo cada Juez del deſempeño vno miſmo en la eſsencia, ya que no en la perſona, y vna miſma ſu comiſsion, y juriſdiccion, no pudo dicho Juez del deſempeño revocar, ni alterar expreſſa, ni virtualmente la ſentencia de graduacion, ni comiſsion de

Domingo de Zabala, y aviendolo hecho es nulo. ipſe iure. *L. 1. Cod ſent. reſcind. non poſs.* ibi: *Neque ſuam, neque deceſſoris ſui ſententiam poſſe quemquam retractare in dubiũ non venit, nec neceſſe eſt ab huiuſmodi decreto interponere prouocationẽ explorati iuris eſt. L. 1. Cod. quæ ſentẽt. ſine appellat. reſcind.* ibi: *Cum contra ſacraſ. conſtitutiones iudicatur, ſupplicationis neceſſitas remititur. L. 1. & 2. Cod. quand. prouocar. non eſt neceſ.* ibi: *Ideo in hoc ſupplicationis auxilium neceſſarium non fuit. L. ſi poſt ſententiam. Cod. de ſent. & interlocution. L. 15. tit. 11. p. 3.* ibi: *Ca deſpues, que dieren juizio aſinado en alguna coſa, ſobre que ſe non alçaſſen, ſi ſobre ella movieſſen deſpues otro pleyto entre las miſmas perſonas, è dieſsen otro juizio, que fueſse contrario al primero, valdria el que primeramente fueſse dado, e non el ſegundo.*

17. Ni menos pudo anteponer, ni prepoſterar el orden de ſu graduacion, ni confundir, ni dividir los Proprios de Sevilla, mandando abſolutamente ſe pagaſſe à dicho Colegio de las Alcavalas de la Villa de Eſcacena, aun quando fueſſe finca eſpecial, que no lo es, y indiſtintamẽte tambien de todas las Rentas, y Proprios que eligieſſe, no ſiendo todas ſus fincas eſpeciales, y ſer primero los alimentos de Sevilla. Y eſta prepoſteracion de alimentos, y perverſion de orden de ſu comiſsion, es notable exceſſo, y conſiguientemente nulo ipſo iure dicho Auto, y lo que por el ſemandò. *L. 2. Cod. de pignorib.* D. Salgad. *de reg. protect. 4. p. cap. 3. n. 73. 74. 104. & ſeqq. & 126.* D. Molin. *de Hiſp. primog. lib. 4. cap. cap 7. n. 24.* diziendo que lo referido nadie lo ha dudado, y concordando, *d. L. 2. cum L. à diuo Pio 5. §. invẽditione de re iudicat.* Eſcobar. *de ratiotin. c. 38. n. 7. & 8.*

18. Ponderoſe de contrario en la viſta del Pleyto que no era eſtraño lo mandado por dicho Juez del deſempeño, porque lo miſmo hizieron en los años de 1625. y 629. los Juezes que fueron del deſempeño, q̃ ſe refiere en los numeros 7. 8. *y* 34. del Memorial, porque ſe reſponde, q̃ eſto aunque entonces ſe huvieſſe executado mediante la coluſion con que en eſte negocio ſiempre ſe ha procedido, y queda dicho, ſiendo ſin noticia de Sevilla, (y aunque lo fueſſe como ſe fundarà adelãte) no puede obſtarle, por ſer vnos Autos interlocutorios, que no cauſan coſa juſgada, ni pudieron proveerſe. Ademàs de que como en los miſmos numeros parece, no tubo efecto lo mandado por dichos Iuezes; pues por el año de 625. ſe diò quexa por dicho Colegio de que no ſe le pagaba, y ſe juſtifica, que ſolo conſta averſele pagado (aunque doloſa, y coluſoriamente) de los Proprios de Sevilla deſde el de 657. y que deſde el año de 605. haſta el de 56. no ſe le pagaron reditos de dichos Proprios; y que el averſelos pagado deſde el de 56. que no conſtaba que cauſa, ò mitivo huvieſſe para ello.

19. Y teniendo aſsimeſmo nulidad ipſo iure lo mandado por dichos Autos por defecto de juriſdiccion, y exceſſo de ſu comiſion (como en el caſo preſente) por no tener por ella facultad dichos Iuezes para

mu-

mudar; ni traſponer nada de lo mandado, y que ſe contiene en dicha ſentencia de graduacion, que es: que ſe pagaſsen dichos Tributos de no Cabimiento, y Viejos de lo procedido de dichos Proprios deſpues de los alimentos de Sevilla, y gaſtos de la cauſa comũ, y publica, no tubieron efecto dichos Autos, y fueron ipſo iure nulos, como en terminos ſe prueba con expreſsion *ex cap. dilecta 22. de reſcript.* donde aviendoſe dado comiſsion por el Pontifice à diſtintos Iuezes para vna miſma coſa; y en diſtintos tiempos, y eſtos alterado el orden, y traſpueſto la forma de lo mandado, lo declarò por nulo, y atentado. ibi: *Ipſi formam mandati Apoſtolici tranſponentes, illo capitulo prætermiſso,* (que es lo que ſe le mandò que primero executaſsen) *de alijs articulis in ordinate plurimum cognoverunt, propter quod, proceſsum ipſorum contra noſtram formam reſcripti, ac iuris ordinem, attentatum, irritum decernimus, & inanem.* & Gloſ. Verb. *tranſponentes.* ibi: *Et ideo caſsatur hic proceſsus iudicum, quia articulum principaliter commiſsum omiſserunt, de alijs inordinate plurimum cognoſcendo.* & in Verb. *irritum* ibi: *Hic ipſo iure proceſsus nullus, & ideo dicit irritum duabus de cauſis; quia contra formam, & contra iuris ordinem.*

20. Y de la miſma manera tiene nulidad ipſo iure el Auto, y Autos proveidos en eſte pleyto por dicho Iuez del deſempeño, mandandole pagar à dicho Colegio de las Alcavalas de la dicha Villa de Eſcacena, y indiſtintamẽte de todos los Proprios de Sevilla, ò de los que eligieſſe, traſponiendo, y prepoſterando en la ſubſtancia, y efecto los alimentos de Sevilla, quando apenas pudiera ſer de ſu reſiduo, y en ſu grado ſi le alcançaſſe, guardando la forma, y orden de dicha ſentencia, y no infrigiendola en el todo, como la infringiò.

21. En cuyo caſo excediò dicho Iuez de ſu comiſsion, y el Juez executor que excede de lo mandado, y que no ſe contiene en ſu comiſsion, dize plena manu. D. Salgad. *cum multis quos refert. d. 4. p. cap. 3. n. 62. & ſeqq. & ex n. 106. ad 113. & cap. 4. n. 22. & ſeqq. & cap. 6. n. 1. 3. 6.* que ni es Juez, ni obra como tal, ni tiene poteſtad para ello, y conſiguientemente que es nulo ipſo iure todo lo que hiziere, que obra como particular, y que impunè ſe le puede reſiſtir lo que mandare, y quiſiere executar, y que no puede paſſar à coſa juſgada, y que el gravamen que cauſare, ſe puede dezir contra èl, y deducirſe en qualquiera tiempo aunque ſea por mil años, y que lo referido *eſt mirabile dictum Baldi, cuius eſt originale in L. ſicut proponis. n. 2. de execution. rei iudicat.*

21. Y el Cardenal Tuſcho. *practicar. concluſ. tom. 3. concluſ. 483. n. 2.* dize: *Quod forma ſententiæ debet obſervari per executorem, aliàs ſi à ſentẽtia recedat, executio eſt nulla, & quòd nullitas hæc intentari poteſt quando cumque.* Como aora la puede oponer Sevilla, y ha opueſto contra el exceſſo tambien de lo mandado por dichos Juezes del deſempeño en los años de 625. y 29.

ſiendo

23. Siendo doctrina tambien, con muchos que cita, de Escobar *de ratiotin. d. cap. 38. n. 7. & 8. quod quando iudex executor, in comissione excessit, non currunt fatalia quo minus omni tempore possit grauamen, & excessus allegari, quia huiusmodi excessus nunquam transit in rem iudicatam,* y citando à estos mismos D. Salgad. *d. 4. p. cap. 3. n. 126.* concluye diziendo: *quæ quidem opinio verissima mihi quidem videtur, & tenenda.*

24. En cuya consideracion, assi por los Autos referidos de los años de 1625. y 29. como por el precipitado, y difinitivo proveìdo en 18. de Agosto de 688. y el vltimo de 7. de Febrero de 691. que vàn referidos, y à cada vno, se les pueden aplicar los motivos, y decission de nulidad de la Clementina *Pastoralis §. verum de re iudicat.* ibi: *Verum quia huiusmodi sententia quæ non adiscretione matre iustitiæ, sed à nouerca iustitiæ ex voluntaria iudicantis præcipitatione processit,* y mas adelante en el *§. vt igitur in fin.* ibi: *Vt igitur sicut memorata sententia iuris caret efectu, sic authoritate, & nomine rei careat iudicatæ, vt nec in opinione communi, aut vulgi labijs nomen habere sententiæ videatur.* y concluye ibi: *Sententiam, & processus omnes prædictos, & quidquid eis secutum est, vel occasione ipsorum. Declaramus fuisse, ac esse omnino irritos, & inanes, nullum que debere, ac debuisse sortiri effectum, seu nocumentum, vel notam afferre cui quam, vel quomodolibet attulisse, ipsos que nihilominus. quatenus processerunt de facto, & quidquid ex eis secutum est, vel ob eos, vel in posterum sequi posset, in irritum reuocamus.*

25. Concluyendo aqui por lo fundado, q̃ es nulo ipso iure el Auto difinitivo de 18. de Agosto referido, por ser pronunciado por no Iuez; respecto de no averse reglado, y excedido de su comission, que debe ser tenido no por Auto, sino por acto de vn particular.

* 26. Es nulo assimesmo ipso iure dicho Auto, porque no ay Reo convenido en este Pleyto, siendo assi que parece que ay Reo condenado; porque este Pleyto començò pidiendo el dicho Colegio ante dicho Iuez del desempeño, que mandasse notificar al Mayordomo de los Propios de la Ciudad le pagasse 758ʊ330. mrs. que dixo estarsele debiendo de dos años, y dos tercios cũplidos fin de Agosto de 686. de que se mãdò dar traslado à la parte de la Ciudad, (distinta cosa de lo pedido) y se notificò al Procurador Mayor, que era entonces.

27. Este como demanda nueba que no podia contestar por ser contra Ordenança, que pueda hazerlo sin Acuerdo de la Ciudad, como precede este en todos los Pleytos que sigue aqui, y en el Consejo, donde sino le presenta con el Poder no se le admite peticion, y como precediò para traerlo aora por excesso, y ser tambien, contra el Poder, que se le dà, que contiene esta limitacion, como parece por el que està en estos Autos à fol. 201. omitiò salir à su defensa, y sin Acuerdo especial de la Ciudad para ello, como debia tambien preceder. *d. lg. 2. Cod. de*

de-

*decurionib. lib.*10.*cap.causam.*9.*de iudic.* salio à responder à dicho Colegio D. Francisco Placido de Arçe, vno de los Substitutos de la Ciudad, y à pocos alegatos que hubo entre dicho Don Francisco, y dicho Colegio, goveriiados con tal arte, que los traslados que se mandaban dar de los de dicho Colegio, se notificaban à Antonio Lopez Tercero; otro de dichos Substitutos, se puso el Pleyto concluso, y determinò, quando ni aun debiò oirle: no atendiendo dicho Juez del desempeño la falta de dicho Acuerdo, y que no bastaba para su prosecucion la substitucion de vn Poder general con la limitacion referida, como es estilo regular en todos los Poderes ponerla para demandas nuebas.

28. Y esto procede en tanto grado, que siendo tan en fabor de los menores la in integrum restitucion, no la puede pedir su Procurador en virtud de Poder general para pleytos, si no se le manda que la pida, *d.L.illud* §. *fin. de minorib.* ibi: *Cui nominatim mandatum sit.* y mas adelante: *qui vero generale mandatum de vniuersis negotijs gerẽdis alleget, non debet audiri.* Y asi este defecto de Acuerdo especial, y de Poder en el Substituto de la Ciudad (al parecer Reo que litigaba) constituye todos los Autos en nulos, por la misma razon que en el Actor, por lo que queda fundado *ex n.*8.*ad* 12.

29. Ademàs, de que como queda dicho, no aviendo sido notificado el Auto de traslado à la parte de la Ciudad, à ella misma en su Cabildo, como en todos los casos; y demandas nuebas se haze, sino à su Procurador Mayor, no puede, ni debe obstarle. *L. de vno quoque. de re iudic.* ibi: *De vno quoque negotio præsentibus omnibus quos causa contingit iudicari opportet, aliter enim iudicatum tantum inter partes tenet*, & in Glos. Verb. *quos causa*, dà la razon. ibi: *Quia principapliter contra eos lis mota est.*

30. Y demandada la Ciudad, moviendose vnicamẽte este Pleyto contra ella, y sus Proprios, y tocandole su defensa, ò como Ciudad que se obligò à la paga de dicho Tributo el año de 1570. (aũque ya no lo debe pagar) ò como Administradora de los alimentos de la causa comun, y publica en virtud de la sentencia de graduacion referida, no aviendo sido citada, ni hechosele saber en su Cabildo el traslado de la demanda de dicho Colegio, no puede obstarle lo determinado por dicho Juez del desempeño en su Auto de 18. de Agosto de 1688. referido, ni se puede tener por Reo vencido, ni condenada la Ciudad por aver seguido, este juizio Don Francisco de Arçe, antes contiene nulidad dicho Auto, porque *condemnatum accipere debemus eum qui rite condemnatus est, vt sententia valeat. Cæterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere*, como dixo la *L.*4.§.*condemnatum. de re iudic.*

31. Con que todo este Pleyto tantum inter partes tenet, que han litigado, que son dicho Miguel de Romay, y Don Francisco de Arçe, y no en perjuizio de Sevilla, y este Processo està solo en los terminos de la primera peticion, ò sentencia del Iuez desempeño: porque la falta de citacion, y defensa es contra el derecho natural, y indefenso à nadie debe condenarse. *L. defensionis facultas Cod. de iur. fisc. lib.* 10. *&* *ibi.* D. Amaya. Azeved. *Sup. l.* 2. *tit.* 17. *n.* 37. *& sup l.* 4. *eod. tit. lib.* 4. *Recopil.* y se fundarà mas adelante.

* 32. Y si de contrario se dixere, que los vicios de la sentencia referida los sanò la confirmacion del Consejo, venerando Sevilla su decisision con el rendido obsequio que le sacrifica su respeto, como es tan natural la defensa, no puede negarse à lo que parece enseñan las leyes, y doctrinas, fundandolo, en que la confirmacion de la sentencia, no dà mas que fuerça de cosa juzgada, q̃ es la autoridad. Y esto se prueba, de que tiene tambien authoridad de cosa juzgada (y asi se declara, y es legal, y practica inconcusa) la sentencia del Juez inferior si della en tiempo no se apela. *lg.* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recopil.* Azeved. *sup. d. l. n.* 55. D.D. *in Clement. si appellationem de appellation. l.* 22. *tit.* 23. *p.* 3. & ibi Glos.

33. Con que las sentencias confirmatorias que no tienen mas qualidad que la primera que confirman, ni mas palabras ni addicion que lo que la primera contiene, si esta tiene nulidad por ser contra derecho, no subsiste. *l. si expressim de appellation*, ni le quita este obstaculo, y defecto la confirmacion, y antes su confirmacion es repetir nulidad à nulidad. Vãt. *de nullitatib. in tit. quotiẽs. & intra quod temp. n.* 4. ibi: *Cum simul atque cum ipso actu, & sententia noua nullitas oriatur.* Glos. *in d. l. si expressim. de appellation. litt. E.* donde Acurs. disputando, si aviendodose apelado de vna sentencia, y confirmadose, si se puede dezir de nulidad de la primera, respeto de que por la apelació parece se asintiò à ella, dize que si. ibi: *Vel dic verius non confirmari.*

34. Porque conteniendo nulidad la primera sentencia, su confirmacion de revista, aunque sea por tres sentencias conformes nil novi le dàn, augmentan, ni minoran su disposicion, sino solo dàn fuerça, y authoridad al acto que es valido, *d. l si expressim de appellation. cap.* 1. *cap. examinata de cõfirmation. vtil. vel inutil.* dõde en vn cõpromisso celebrado, dada en èl la sentencia, consentida por las partes, y confirmada por el Pontifice, se dixo ante su successor de nulidad, por averse faltado à la forma, y solemnidad de derecho, y se diò todo por nulo. ibi: *Vnde non obstãte confirmatione Papæ prædecessoris nostri, qui confirmauerat illud, sicut prouide latum fuerat, & ab vtraque parte receptum, decernimus ipsum irritum, & inanem,* donde la Glos. Verb. *Vnde non obstante.* dà la razon ibi: *Et ita patet: quod confirmatio nihil vel modicum operatur; quia si aliquid inue-*

*inuenit confirmat,aliàs nihil operatur*.Rot.*decis.702.n.6.& decis.38.ex n. 1.p.1.diuersor.& decis.31.n.6.*Gonçal.*in regul.alternat.* Glos. 45.§. 1.*ex n.75.*D.Salgad.*late,& Magistraliter*.enterminos de sentencia confirmada cum multis quos cumulat.*d.4.p.de reg.protect.cap.11.ex n.36.ad 43.*ibi: *Et quod non excedat probatur, quia confirmatio nihil noui dat,nec auget,nec minuit dispositionem,adeo vt nullũ defectum,aut obstaculũ tollit.*

35. Y las sentencias con vicios de nulidad,aunque se confirmen, no pueden passar à ser cosa juzgada,ni darseles este nombre, ni authoridad.*d.lg.4 §.condemnatum.l.si cum nulla. de re iudic. l. 1. §.hæc autem. quod quisq. iur. l. si feriatis de ferijs. l. si Prætor 75.de iudic.* D. D. Ioseph. Vel. *in prælection.cap.1.de off.ordinar.p.2. n.35. fol. 77.* Sccasia *de iudic.lib.2.cap.97.n.135.*Cancer.*variar.resolution.lib.3.cap.19.ex n.3.*

36. Y novissime,& docte Torreblanca,que escriviò con especialidad sobre las causas impeditivas de la executcõ de las sẽtẽcias derevista *in lib.de Mag.&Epitom.delictor,lib.3.cap.30.*y mas lato *in lib.de iur.Spiritual d.lib.15.cap.12 ex n. 93. ad 97.*y en el n.93. dize,que las sentencias que tienen vicios de nulidad,aunque se confirmen por sentencias de revista, ò por tres conformes no pueden llevarse à execucion.ibi: *Duodecimo.quando sententia prima est nulla ex aliqua prædictarum causa, si confirmetur per sententiam reuisionis, vel per tres conformes; non potest executioni mandari,quia confirmatio nil noui dat, nec vllum defectum, aut obstaculum tollit.*porque el vicio de la primera sentencia influye en las siguiẽtes,y persevera aun despues de mil años,y cita entre otros à Graciano *discept. forens.tom.3.cap.581.n.52. & late tom. 4. cap.734.ex n.3. ad 26.*considerando las sentencias confirmatorias en todo,como accessorias, que siguen la naturaleza, y vicio de la primera, y principal,*ex vulg.cap accessorium de reg.iur.in 6.*y que ex nihilo nihil gigni potest,y q̃ lo que es nulo,no puede producir efecto valido,y se considera como sino fuesse.*L.1.§.penult.quod quisq.vniuers.l.1. in fin. & seq. de authorit. tutor.l.quotiens.qui satisd. cogant.l.de ætate §.quod ait Prætor de interrogat.action.l.non dubium Cod.delegib.cap.2.de translat.Prælator. cap.imperiali 25.q.2.Clementin 1.de immunit.Eccles.*Idem Torreblanc. *in d.tract. de mag.lib.3.cap.30.n.52.*

37. Y aunque *non omnium quæ à maioribus constituta sunt,ratio reddi potest.*dixo la *l.20.de legib.& constitution,*no es prohibido discurrirlas,ya que no assegurarlas. Deste Pleyto fue Juez,como queda dicho, el Asistente como Juez del desempeño de Sevilla, y el Asessor vno de sus Thenientes. Lo que se alegò por elSubstituto,que se introduxo à su defensa, fue apenas relativo,con que quedò indefensa. Lo que se actuò en el Cõsejo fue repetir vna peticiõ,copia de la misma hecha ante dicho Juez, y se concluyò. Y el instrumento presentado por la parte del Colegio,vna escritura guarentigia con especiales, y general hy-

potheca de sus Proprios:pues como el Consejo, assi por lo judicial de los Autos con vnas relativas,y desnudas defensas, como por lo extrajudicial de poder considerar, què vn Assistente, como cabeza,y principal Patrono de Sevilla,y como Juez de su desempeño,y vn Theniẽte suyo Assessor (precissiones todas tan faborables para Sevilla) pues diò sentencia condenando sus Proprios à la paga de dicho Tributo, que no seria con entero conocimiento de que era justificada la deuda para passar à su confirmacion? Respeto de lo qual; aunque à esta se le deba toda veneracion no son despreciables las presunciones referidas, que podrian alentar su decission, si no es ya, que tambien pudieron considerar, que al tiempo de la execucion podian deducirse, y justificarse aquellas exepciones para impedir su execucion; como se fundarà adelante.

38. De que resulta tener notorias nulidades la sentencia, ò Auto difinitivo dado por dicho Juez de desempeño, por no aver en ellos Actor legitimo, Iuez competente mediante su excesso, ni tan poco Reo legitimo condenado, que siempre por nulidad puede oponerse, Azeved. *sup.d.lg.2.tit.17.lib.4.Recop.* ibi: *Et ex ineptitudine libelli, vel contrahentium perpetuo nullitas opponi protest.* Su confirmacion no causa Executoria, ni le dà authoridad de cosa juzgada. Y consiguientemente, que no ay mas que vna sentencia en ellos, y essa nula.

## PVNCTO II.

### *NVLIDADES ESPECIFICAS QVE INCLVYEN en si los Autos fulminados, demàs de las referidas.*

39. AVnq̃ Felino, y Riccio escrivieron de las nulidades, y su efecto, mas latamente las tratò Sebastian Vantio; y con mas probabilidad, à quien citan regularmente sobre esta sugeta materia, y siguen D. Salgad. D. Amaya, Barbosa, y los mas Authores, conviniendo todos en que la mas legitima exepcion contra la cosa juzgada, es la de la nulidad, y ser esta la q̃ mas cõserva la ley, respeto de q̃ aviendose hecho la ley para la observancia de si misma, al mismo tiẽpo se previno la nulidad para defensa contra su quebrantamiento, como refiere Vant. de nullitatib. in titul. *quid sit nullitas.* definiendola, q̃ era vn comun, y competente auxilio *ad irritãdum, seu nuntiandum irritum actum de quo quæritur,* fundandolo en que *quod nullum est, irritum est, & quod nulliter fit, male fit. in eod. tit.*

40. Y assi vsar del remedio de la nulidad, no es contra la ley, si no en su fabor, y de la publica vtilidad: *l. qua fronte de appellationib.* y como para castigo del que la quebranta, para que se rescinda, ò modifique lo juzgado. *argument. ex l. senatus de contrahend. empt.* y defensa para los agra-

via-

viados,y nò ſe opone antes de la ſentencia ſinò deſpues,por el agravio que della reſulta,y gravamen que ſe padece mediante ſu execucion *l. ab executore.quor.appellat.non recip.l.tamen.& ibi Gloſ. ad Macedon.* por cuya cauſa no quedò excluìda la nulidad legitima por la ley *4. tit. 17. lib.4.Recopil.*(como ſe fundarà adelāte)y el Iuez que no la admite haze injuria,y deſpoja à la parte de ſu juſticia, y aunque ſea incidenter, ſiendo notoria, ſe puede oponer contra inſtrumentos guarentigios, y ſentencia, y contra tres conformes,y impide ſu execucion,no obſtante *d.l.4.Recop.* Vant. *in tit. quotiens & intra quod tempus.ex n. 6.* Azeved. *ſup.l.1.tit.21.d.lib.4.Recop.n.92.& ſeq.* D.Covarruv.*practic.cap.25.n.2. & per tot.* Rodriguez *de execution.cap. 6. n. 16.* dando la razon: *quia ex nihilo,nihil gigni poteſt.*

41. Y idem Vant. *d. n. 6.* dize es practica in concuſa en la Curia Romana darle termino al que dezia de nulidad,para que la juſtificaſſe,que es lo miſmo que ſe manda *in l.2.d.tit.17.lib.4.Recop.* Y la multiplicidad de nulidades juntò Riccio en ſus collectaneas.*Collectan.*1480 Garrazco,y deſpues algunas D.Salgad. Torreblanc. y otros en las partes donde adelante ſe iràn citando.

42. Y aſſentadas como quedan las nulidades de falta delegitimacion de perſona,y de Poder à Procurador en el Actor, y Reo figurados;como và fundado *ex n.1.ad* 12 & ex n.*26.ad* 31.y la de juriſdiccion en el Iuez del deſempeño, reſpeto del exceſſo en ſu Comiſsion, como tambien queda dicho ex n.13.ad 25. concurren tambien otras que ſe iràn expreſſando, juntamente con la circunſtancia de impeditivas,y prohibitivas de execucion de las ſentencias.

* 43. Es nulidad notoria la de *iuris ordine non ſeruato.* Y en eſta deſſea Sevilla debet à la laſtima lo que le tiene negado ſu deſgracia. Eſte Pleyto començò,ni por via executiva en virtud de la Eſcritura que ſe preſentò, ni por precepto de ſolvendo, ſino en via ordinaria, y nò con Sevilla,ſino contra ſu Mayordomo de Proprios, y por traslado à la Ciudad ſin tener intervencion en ello, y pidiendoſe por el Colegio cantidad limitada ſe ſentenciò abſolute por todo lo que ſe le eſtivieſſe debiendo. Las pocas peticiones que ſe dieron fueron por D.Franciſco de Arçe,ſin tener acuerdo eſpecial de la Ciudad para ello,y los traslados de las que diò el Colegio ſe notificaban à Antonio Lopez Tercero otro Subſtituto, que aſsimeſmo no tenia para ello Acuerdo, ni orden. Se pidiò por dicho D. Franciſco legitimaſſe ſer parte legitima el Colegio,y que ſu Procurador preſentaſſe el Poder, ſe mandò aſsi, ſe le notificò,y ſin apreciar eſte defecto,ſe paſsò à la ſentencia. Pidiòſe prueba,y ſobre ello ſe formò Articulo con debido pronunciamiento,y ſin determinar ſobre èl,intempeſtiva,y precipitadamente,ſe ſentenciò en lo principal definitivamente. Para ſu viſta ſe citò no à dicho Don

 Fran-

Francisco, sino à dicho Antonio Lopez, y ninguno se hallò a ella. Teniendo noticia dicho Don Francisco del Assessor le recusò, y al Iuez, y se apareciò el Auto difinitivo, dos dias antes dado, sin averse notificado à ninguna de las partes. Concurre en dicho Assessor ser Abogado con salario de la parte de dicho señor Duque (cuyo poder a D. Thomàs Cabero està presentado) y ser prohibido por derecho poder ser Iuez en sus Pleytos el que tiene salario de la parte pagado, ò prometido. Carrazco. *in nouam Recopil. cap. 9. de recusationib. n. 246. & seq.* ibi: *Quia habet affectionem ad causam.* y mas adelante *vt cumque sit, etiam si salarium non acceperit, vel ei expromissum non sit* (no militãdo esto en los q̃ tienen salario por despacho Real) *l. nemo. Cod. de adsessorib. & domestic.* y le multa la ley referida en privacion de oficio, y diez libras de oro. Y es raro el Auto firmado del Iuez del desempeño hasta el fol. 49. del Pleyto, y los demàs subsiguientes, ò del Iuez solo, ò de Assessor que no tenia nombramiento, por cuyo defecto de firmas le condena la ley *Præsides 2. d. tit. de adsessorib. & domestic.* al Iuez en la pena mas severa que quisiere el Principe, y al Assessor en destierro, como lo referido se justifica por la inspeccion del pleyto.

44. Y vltimamente, sin que peligre lo atencioso del respeto, ni olvide la memoria la justificacion del Conde de Montellano, disculpe à Sevilla la fuerça de la natural defensa, para que no omita todo lo que à esta, y à la causa comun, y publica le fuere faborable, y el Conde de Montellano como Asistente no escusara.

45. Y aunque los Iuezes superiores debito honore honorandi sunt. *cap. vt debitus honor de appellation.* Esto lo atendiò Azeved. *in l. 10. tit. 10. lib. 2. Recop. n. 28. & seqq. ex Præposito in d. cap. vt debitus. n. 2.* del Iuez Ordinario, y no del Delegado, dando la razon. ibi: *Nam potissimum insigne dignitatis est præeminentia cum iurisdictione, delegatus autẽ non habet iure suo, sed alterius, iurisdictionem, sicut ordinarius.*

46. Es pues el caso: que el dicho Conde tiene en sus Mayorazgos dos Tributos mas antiguos que este, sobre cuya paga se litiga, sobre estos Proprios mismos de Sevilla, que ha muchos años que no cobra por causa de su concurso, y sentencia de graduacion, el vno de 100U. mrs. y el otro de 176U785. mrs. de renta en cada vn año, entrambos à nombre de Don Antonio de Vergara, y como Iuez del desempeño no pudo serlo en este Pleyto por ser causa propria, que tiene prohibicion remota por derecho de poder serlo *lg. vnic. Cod. ne quis in sua causa iudicet. l. qui iurisdictioni. de iurisdict. omn. iudic. lg. Iulianus. 17. de iudic. l. 9. & 10. tit. 4. p. 3.* y lo mismo su Assessor por depender de la persona del Iuez principal, como su Theniente, sin ser necessario tener otra causa. Carrazco *vbi sup. n. 26. & 29.* sin que en este caso baste acompañarse el Iuez sea causa civil, ò criminal aunque la parte no lo recuse; porque

debe

debe abstenerse de conocer, y proceder en ella, quamvis Regius auditor sit, respecto de ser la prohibicion de derecho absoluta, y sino lo hiziere, y diere sentencia, es nula. Carrazco *vbi sup. ex n.47. ad 51. & n.55.* 65.73.108.& 331. y en el n.*66.& seq.* dize que peca mortalmente sino se abstrae, aũque la causa propria sea secreta; entendiendose esto, si es el interès que tiene en ella personal, y no como Iuez *n.68. &* 280.

47. Y no solo esto procede en el que es Iuez en causa propria, si no tambien en el que tiene causa propria semejante, ò mayor à aquella de que es Iuez, q̃ pueda litigar; *cap. causam* 18. *de iudic.* en que por tener vn Iuez otra causa propria semejante à la que ante el se litigaba, se le abstubo de proceder en ella, ibi: *Quia vero cum eundem Archidiaconum similis pene causa contingat, nimis favorabilis parti alteri videretur; nos te fili Decane, loco ipsius Archidiaconi sub rogantes: mandamus (non obstantibus prioribus litteris) in causa ratione prævia procedatis.* Tusch. *conclus.* 908. *sub. lit. S. n.*33. Cavalcan. *tom.*2. *decis.*28 2.*p.* Ioann. Andreas. & Dominicus *in cap. legitime de appellation. lib.*6 idem Carrazc. vbi sup. *n.*129 ibi: *Decimaquarta causa notabilis (& quam semper memoriæ teneas) scilicet causa similis ei, quæ à iure est expressa, vel maior. et n.*252. *et seq. et* 283. ibi: *Vbi adest verisimilitudo lædendi partem.*

48. Conque teniendo el Conde de Montellano los dos Iuros referidos por bienes proprios de sus Mayorazgos impuestos sobre los mismos Proprios de Sevilla, como el presente que se litiga, y aun anteriores en las fechas de la obligacion, es causa no solo simil, sino casi vna misma en la essencia, y substancia, y la sentencia de vna seria consequencia, y exemplar para la otra, y assi debiò abstraerse el dicho Conde de Montellano de proceder en este Pleyto, y no aviendolo hecho, tiene contra si, y su sentencia la prohibicion de derecho, para no aver podido ser Iuez, y consiguiẽtemẽte aver sido nula iure & facto por aver quebrãtado su disposiciõ, y ordẽ judicial. *ex dd.* Y quede aqui notado, que dicho Don Francisco de Arçe ha sido, y es Agente del Conde de Montellano, y su Podatario para sus Rẽtas mucho tiẽpo ha.

49. Y verificado como està por la inspeccion de los Autos este atropellamiento, è in observancia de los terminos judiciales referido, y falta de pleno conocimiento, vt instruatur religio iudicantis de veritate, per quam adducitur ad iudicandum de re de qua agitur, es, y todos la tienen por legitima nulidad. *d. l. non dubium. Cod. de legib. l. pacta quæ contra de pact. lg.*2. *Cod. quando provocar. non est neces.* Gratian. *tom.*3. *discept.*445. *n.*4. *et ex n.*12. *fere per tot.* Farinac. *decis.*109. D. Salgad. *in laberynt.*3. *p. cap.*1. *ex n.*98. *ad* 104. Gutierr. *practicar. lib.*3. *q.*17. *n.*236.

50. Y la sentencia aunque sea de revista no passa à ser cosa juzgada. *lg.*4. *Cod. de sentent. et interlocut.* ibi: *Prolatam sententiam cõtra solitum iudiciorum ordinem authoritatem rei iudicatæ non obtinere. certum est* & ibi. Glos. y no dà derecho, nec censetur quid ex ea factum. Azeved. *consil.*23. *n.*29. *et* 39.

Y

51. Y es tã intolerable, y insuplible el defecto de la inobservancia del orden judicial, y de los terminos substanciales, como imposible darse casa librada en el ayre, y hijo sin generacion. Scassia *de iudic. lib. 2. cap. 3. n. 290.* ibi: *Sicut domus non potest consistere in aere sine fundamento, et filius non potest dari, nisi sit genitus, ita nec sententia potest consistere sine terminis substãtialibus iudicij, et sine actis; quia termini & acta sunt basses, et fundamenta sententiæ.*

52. Y es tan grave nulidad esta, que dixo Vant. vbi sup. *in tit. de nullitat. ex defect. proces.* n. 7. & 8. que el Iuez superior podrà reformar las sentencias que tuvieren otras nulidades, pero que donde ay defecto de iuris ordine non seruato, debe declararlo por nulo, como tambien se expressa *in d. cap. cum dilecta de rescript.* Y el Iuez que no los observa despoja de su justicia à las partes, excede, y obra tan como particular, que se le pueden resistir las operaciones. D. Salgad. *de reg. protect. 4. p. cap. 3. n. 109. et cap. 4. n. 22, et seqq.* Y entre los terminos substãciales pone la Glos. *in d. l. prolatam. libelli oblatio, litis contestatio et depositiones testium.*

53. Y aunque en los Tribunales superiores suelen dispensarse algunas prolixidades de derecho, parece que esto serà en lo q̃ no mira à lo rigurosamente dispuesto por èl, (como lo es aver recibido esta causa aprueba siendo su juizio vna via ordinaria) porque la ley no lo distingue, antes si, encarga mas su observancia à lo supremo. *l. digna vox. Cod. de legib.* ibi: *Digna vox est maiestate regnantis legibus alligatum se Principem profiteri, tantum de authoritate iuris nostra pendet authoritas, et revera, maius Imperio est submitere legibus Principatum.* Y esto mismo se halla en las buenas letras observaba el Rey Theodorico, diziendo, como refiere Casiadoro. *lib. 5. variar. Epistol. 18. in fine.* ibi: *Volumus hoc exemplum à nostris prædijs inchoare, vt nullis sit grauis iussio, quæ constringit et Principem.* Y es sentir del señor Amaya. lib. 1. obseruat. cap. 1. n. 98. ibi: *Dictat quippe naturalis ratio, vt cum quisque alijs legem dixit, sibi etiam dicere non dedignetur* (y lo mismo en todo el titulo. *quod quisque iur.*) aunque haziendo la salva à la Magestad, dixo tambien que no estaba obligado el Principe *vi coactiua, sed vidirectiva.*

54. Estimandose por todos derechos la observancia de los terminos substanciales, y particularmente la de recivir las causas aprueba para que mediante los instrumentos, ò testigos que se presentassen tomassen pleno conocimiento los Iuezes para su decision vt patet, *ex l. 15. tit. 22. p. 3.* ibi: *Ca ordenadamente segun mãdan las leyes deste nuestro Reyno, debe el judgador andar por el Pleyto, è escodriñar, y saber la verdad lo mejor que pueda, è encabo dar su juizio.* Y el señor Greg. Lop. tubo por notoria nulidad ipso iure la sentencia en que aviendo pedidose prueba en el Pleyto se huviesse negado, y dadose precipitadamente la

sen-

sentencia: *ead.l.* verb. *Ca ordenadamente* ibi: *Si vero iudex passus non fuit fieri probationes, sed ex abrupto tulit sententiam, tunc sententia est ipso iure nulla*, y mas adelante, ibi: *Sicut omissio ordinis iudiciarij in ordinarijs reddit processum nullum, sic etiam in extraordinarijs omissio ordinis qualis qualis, quæ in illis requiritur.*

55. Coronàdo esto mismo las Divinas Letras. *Genes. cap.* 18. vers. 21. *cap. Deus omnipotẽs. fin. 2. q. 1.* en que se halla, que Dios para castigar, y destruir las Ciudades de Sodoma, y Gomorra, aunque su infinita Sabiduria tenia presente sus delitos, y su castigo, sin embargo quiso que obrando como Iuez se averiguasse su causa para determinarla cõ pleno conocimiento, y hablando con Abrahan se lo manifestò asi diziẽdo: *Descendam et videbo, vtrum clamorem qui venit ad me, opere compleuerint, vt sciam an non est ita.* Y considerando lo misterioso destas palabras el Pontifice, *in d. cap. Deus omnipotens*, y su motivo, dize: que no fue, sino para dar exemplo à los Iuezes de las precedencias que debia aver en el enjuiciar, para sin precipicio resolver el condenar, ò absolver. ibi: *Nisi nobis exemplum dare, ne præcipites in discutiendis, et iudicandis negotijs essemus, et ne mala quorumque prius quisquam præsumat credere, quam probare.* Y concluye su alto sentir diziendo. ibi: *Si enim Dominus omnium Sodomorum mala, quorum clamor ad cælum vsque pervenerat, omnia sciens, nec credere, ne iudicare voluit, prius quam ipse cum fidelibus testibus diligenter inuestigans ea quæ audierat, opere veraciter cognosceret; multo magis nos humani, et peccatores homines, quibus incognita sunt occulta iudicia Dei, et hæc præcauere, et nullum ante veram, iustamque probationem iudicare, aut damnare debemus.*

56. Y no dando el texto diferencia entre lo civil, y criminal, que se prueba de las palabras *iudicare aut damnare debemus* es esta doctrina muy para el caso presente; pues si alli fue en terminos para absolver, ò condenar vna Ciudad, el litigio presente ha sido sobre condenar, ò absolver à Sevilla, que pague las decursas de vn Tributo, que no debe pagar, con muy malas consequencias para otros, que si obtuvieran la misma sentencia, era destruirla de sus alimentos, y à la causa comun, y publica de sus vezinos, de todo aquello que precissamente necessitan. Y asi el Juez del desempeño que diò precipitado el Auto referido, atropellando los terminos substãciales de la forma, y orden judicial, la prueba sobre lo alegado, y el Articulo preuio formado aviendola pedido, y sobre èl, debido pronunciamiento, mayormente quando de contrario no se contradixo, procediò exaruptamente, y fue, y es dicho Auto difinitivo que diò nulo, ipso iure. *ex dd.* & à D. Greg. Lopez. *vbi sup.*

57. Y semejantes precipitaciones de sentencia sin observancia del orden judicial la impugnan todos los Autores, y en la glos. de la

 Cle-

Clementina *Compendiosa* verb. *vsuris de iudic.* se dize, que ni aun el Pontifice quoad forum laicum puede prohibir la observancia de los terminos substanciales.

58. Y permitasse à la digresion vn resguardo de que quiere este Informe favorecerse, valiendose del capitulo 18. referido del Genesis: en que se halla, que tratando Abrahan de las defensas de dichas Ciudades, preguntò à Dios, que si huviera cincuenta Justos en ellas, si las perdonaria, y le fue respondido, que se perdonarian. Y del numero referido fue baxando de cinco en cinco, y de diez en diez; hasta el numero de diez, y en cada excepcion destas defensas que hazia, le dezia à Dios: *Iam semel cœpi loqui, ne iraris Domine.* Y consiguiò en todas ser oìdo, para que con esta doctrina logre este Informe lo atendido, dispensandole lo prolixo.

* 59. Tiene asimesmo dicha sentencia nulidad, por el dolo, supuestos, y relacion falsa, que precedieron para obtenerla, y llamasse falsedad à la que no es ajustada la demanda à la verdad del hecho. *l. quid sit falsum. de fals.* ibi: *Mutatio veritatis. & l. 1. tit. 7. p. 7. mudamiento de la verdad.* Y esto se prueba del mismo libelo, que presentò dicho Colegiò, diziendo al Juez en èl: que Sevilla le debia las decursas deste Tributo, y que mandasse se le pagassen de las Rentas de sus Proprios, y se callò la sentencia de graduacion referida en que estaba vencido, para que las percibiesse en su grado del residuo que quedasse despues de los alimẽtos de Sevilla, y gastos de su Republica, y de los efectos que su Magestad concediesse para su desempeño, como queda justificado, respeto de lo qual, y de aver manifestadose en sus alegatos lo contrario por dicho Don Francisco de Arçe, fue nula dicha sentencia, por averse dado sobre falsa relacion. *l. 1. §. quæsitum de appellation.* ibi: *Si tamen docuerit, vel falso, vel non ita esse quæ scripta sunt, nihil à nobis videtur iudicatum. lg. si quis 29. ad l.* Cornel. *de fals.* ibi: *Si quis obrepserit Præsidi prouintiæ tam per acta, quã per libelli interpellationem nihil agit. l. si Prætor §. Marcellus. de iudic. l. 53. tit. 18. p. 3.* ibi: *Engañan los que dàn las cartas, y facen errar con ellas. l. 38. & 39. eod. tit. & p.* D. Salgad. *in laberynt. 3. p. cap. 1 n. 89.* 113. 142. 154. 164. *&* 159. *& de reg. protect. 4. p. cap. 7. n.* 120. Rodriguez *de execution. cap. 6. n. 24.*

60. Y este dolo, y falsa relacion de que procediò, y sobre que se diò el Auto, y sentencia referida con lesion tan enormissima para Sevilla, y la causa publica, como se justifica de la sentencia de graduaciõ, y demàs instrumentos presentados desvanecen la cosa juzgada, y la anulan. *l. 19. tit. 22. p. 3.* Garcia *de nobilitat. Glos. 6. §. 2. n. 16. & seqq.*

61. No siendo solo dicha sentencia nula por el dolo, y falsa relacion de lo pedido por dicho Colegio, sino que por ello, y por la misma falsa relacion que hizo à los Iuezes referidos el dicho año de 625. y 29.

ca-

callandoles dicha sentencia de graduacion; y tambien por el dolo de aver pedido, y executado aora con la misma Escritura con que el dicho señor Duque, ò dicho Colegio, aviendola presentado fueron vencidos, y dadose por dicho Domingo de Zabala la sentencia de graduacion referida (que se prueba de aver sido su saca (como por ella consta) el año de 1585. y dicho concurso averse formado el de 602. y dadose la sentencia de graduacion, y grado à este Tributo el de 605.) pues sin estar dicha Escritura en los Autos del concurso, no se le huviera dado grado en la sentencia, y como todos los Autos deste concurso han estado fuera de la mano, y Contaduria de la Ciudad, y tan destraidos como se ha justificado, y consta en el Memorial à fol. 38. tendria disposicion dicho Colegio para averla quitado, y recogido para el fraude, y fin que aora ha intentado, circunstancias todas para deber ser multado, y inexequible lo que entóces por dichos Juezes se mandò, y aora se manda, *cap. ex tenore. de re script.* ibi: *Quia fraus, & dolus alicui patrocinari non debent, decernimus: vt ipse commodo careat vtriusque.* & ibi Glos. dà la razon, *quia fraudulenter super eodem negotio ad diuersos iudices impetrauit; quia in quo is peccauit, in eo puniatur.*

62. Y esto aviendolo Sevilla alegado, y justificado aora, como lo està, ante el Iuez à quien vino cometida la llamada executoria; debiò este Juez tomar pleno conocimiento en ello; y no passar tan precipitado à executarla. text. expres. *in cap. dicenti. §. & si non cognitio. 25. q. 2.* ibi: *Et si non cognitio, sed executio mandetur; de veritate precum inquiri oportet, vt si fraus interuenit, de omni negotio cognoscatur.*

* 63. Contiene asimesmo el dicho Auto, y sentencia la nulidad de error en dicho Juez de hecho, y de derecho, y por qualquiera error destos, que aya intervenido son nulos los Autos, y sentencia difinitiva, q̃ en ellos se huviere dado. *d. l. si expressim de appellat. & relation. l. 1. & 2. Cod. quand. prouocar. non est. necess. tot. tit. Cod. si contr. ius vel vtilit. public. l. si post sententiam. Cod. de sentent. & interlocut. l. 1. Cod. quæ sentent. sin. appellat. rescind.*

64. Errò en el hecho dicho Juez del desempeño; porque ignorò la misma comission que se le avia dado, ò por no aversela leido el Escrivano de dicha comission, q̃ seria lo cierto, ò por olvido de su contenido. Y refiriendose el vso, y execucion della al que tuvieron sus antecessores, y à las comissiones antecedentes, y estas à la de Iuan Muñoz de Escobar, Iuez que fue del desempeño, en cuya comission se le manda vse, y proceda *guardando, y cumpliendo en todo la graduacion hecha por dicho Domingo de Zabala*; comoparece en el Memorial fol. 37. siendo el efecto de dicha comission, y su direccion para el buen cobro de las Rentas, y Proprios de Sevilla, y con especialidad para administrar aquellos arbitrios, y efectos; que aplicò; y concediò su Magestad

para

para dicho desempeño, y hazer pago à los Acreedores de los Tributos viejos, y de no Cabimiento, que avian quedado con lo procedido destos efectos, y arbitrios, y con el residuo si quedasse de las Rentas de dichos Proprios, despues de todo lo que necessitasse Sevilla, su Republica, causa comun, y publica, como queda fundado en el exordio deste Informe, y limitada, para que guardasse, y cumpliesse en todo la graduacion hecha por dicho Domingo de Zabala, cometiò dicho Juez vn crassissimo error de hecho inoticiado, ò aviēdo olvidado el proprio hecho, y la execucion q̃ se le avia cometido, en aver mandado *se pagasse este Tributo de las Alcavalas de la Villa de Escacena* (que no era finca suya) *y de todos los Proprios, y Rentas de Sevilla, y de los que eligiesse*, no guardando, ni cumpliendo en nada la graduacion hecha por por dicho Domingo de Zabala, que era de lo que se componia, y se le mandaba por su comission. Con que este error del hecho constituye en nulos dichos Autos, y Auto difinitivo *ex dd. iurib.*

65. Contubo assimesmo dicho Auto error expresso de derecho originado de la insciencia del hecho; porque si dicho Iuez huviera tenido presente dicha sentencia de graduacion, y la memoria de los 253. Acreedores, que en dicha sentencia se mencionaban, que passò con ella à la Contaduria del desempeño, para la norma, y pago à dichos Acreedores de Tributos viejos, y de no Cabimiento, para sus grados, y efectos, huviera visto el grado deste Tributo à nombre de Don Perafan de Ribera su impostor al n. 15. y los efectos expressados, y graduados de donde se le avia de pagar.

66. Y si todo lo referido, como debiò, lo tubo presente dicho Juez, contubo error de derecho todo lo actuado, y determinado, sobre ello, porque constandole, si le constaba, de dicha sentencia de graduacion, forma, y efectos para su paga, y grados de sus Acreedores, aprobado, como està todo, por su Magestad, y su Real Consejo, y repetida su aprobacion en su comission, y en todas las de sus antecessores, à que la remiten, y tambien, que en dicho concurso saliò à pedirse grado en este Tributo, y se le diò, que todo passò à cosa juzgada, y en esta fuerça se ha mantenido, y observado mas ha de 86. años, debiò atender à que pidiendo aora dicho Colegio lo mismo que entonces, y que sobre ello fue decidido por dicho Domingo de Zabala dicho año de 1605. y que se aprobò, era, y es vna misma cosa, y que le obstaba la cosa juzgada, debia no aver dado el Auto, ò sentencia que pronunciò, que fue vna directa, ò quasi revocacion de dicha sentencia de graduacion, que le hubo de parecer podia hacerla, y no pudo, por averse compuesto este nuebo juizio de las tres iddentidades q̃ hazen cosa juzgada, q̃ son *idem ius & causa agendi*, que fue la Escritura de la imposicion de dicho Tributo, *idem quantitas*, q̃ era el monto annual de los reditos del Tributo,

*& eadem persona*, porque su accion procedia de la imposicion suya por Don Perafan de Ribera, que entonces se deduxo, y debiò contentarse dicho Colegio con la sentencia que tenia en la graduacion referida, y obstarle esta, vt refert D. Salgad. *in laberyn. 3. p. cap. 1. §. vnic. n. 6.* por cuyas causas tienen tambiẽ notoria nulidad dicho Auto, y Autos, optim. text. in l. *si quis cum totum. §. 1. de exept. rei iudicat.* ibi: *Totiens remagi, quotiens apud posteriorem iudicem, id quæritur, quod apud priorem quæsitum est, in his omnibus exeptio nocet. l. etiã eadem causa. l. si inter me, & te. de exeption. rei iudicat. l. 1. Cod. sentent. rescind. non poss.*

67. Y en este caso debiò el Iuez de oficio, no admitir dicha demanda, y ya que la admitiò, conocer la excepcion que le obstaba de dicha sentencia, y cosa juzgada, aunque por Sevilla, dicho D. Francisco de Arçe no se huviesse opuesto; porque si de la Escritura presentada por dicho Colegio nacia la accion, en el mismo vso, y comisiõ de dicho Iuez tenia presente la excepcion que la evadia, que estaba insita en su misma comision, ibi: *Guardando, y cumpliendo en toda la graduacion hecha por Domingo de Zabala*, sin necessitar de otro instrumento extrinseco que la justificase, ni aunque se alegasse para ex oficio no aver pronunciado semejante Auto, à la manera que sucede en la Escritura de obligacion que otorga la muger casada sin licencia del marido, que constandole al Iuez que lo era quando se otorgò, aunque la muger no la oponga por excepcion para su defensa, debe el Iuez atenderla ex oficio para no mandar se lleve à execucion ex doctrin. Bartol. *in l. 2. de exeption. n. 5.* Alexand. *in l. 4. §. condemnatum. de re iudicat.* Avendaño *in cap. 16. Prætor. n. 11. lib. 1.* Azeved. *in l. 2. tit. 3. n. 33. lib. 5. Recop.* Gutier. *de iurament. confirmator. 2. p. cap. 1. n. 35. & seq.* D. Salgad. *de reg. protect. 4. p. cap. 7. ex n. 99. cum seqq. & ead. 4. p. cap. 13. n. 48. & in laberynt. 3. p. cap. 1. n. 68. 113. & 114.*

68. Y en tanto grado debiò tener presente dicho Iuez su Comision, y lo limitado de su jurisdicciõ, y el deber reglarse à dicha sentencia, sin voluntad libre para lo contrario, como se exerciò por sus Antecessores, cuyos Informes hechos al Consejo, y junta nombrada para este negocio, asi por Iuan de Gamboa el año de 613. por el señor Iuan de Samariego el de 616. como por el señor D. Iuan de la Calle el año de 639. Iuezes, que fueron en dichos años del desempeño, si por el Escrivano, y Contador de dicho desempeño se los huvieran noticiado, ò mandadoles de oficio le diessen quenta del principio, prosecucion, y estado de dicha Comision, y desempeño, huviera verificado en ellos:

69. Lo primero: que los Iuezes del desempeño despues de dicho Domingo de Zabala no tuvieron arbitrio para mudar, ni inovar nada de la sentencia de graduacion, sino dar quenta de lo que en su execucion obraba. Lo segundo, què los Proprios que se le avian

 apli-

aplicado à Sevilla montaban mas de 19.qs.y que dellos no se pagaba, ni pagò cosa alguna à ninguno de sus Acreedores, ni alcançaban à lo que necessitaba para sus alimentos, à que solo estaban consignados. Lo tercero, que à ninguno de los Acreedores de no Cabimiento se les avia de pagar reditos de sus Censos desde dicho año de 605. sino irles redimiendo sus principales con las deudas sueltas que se debian à Sevilla, y con lo procedido de los arbitrios que su Magestad avia concedido para su desempeño, y otros bienes de Sevilla que se vendieron, quedando la satisfacion de sus reditos para despues de extinguidos sus principales. Lo quarto, que por Provision del Consejo de 4. de Diziembre del año de 616. se mandò, que por quanto avia sido el Consejo informado, que muchos Acreedores de los Tributos de no Cabimiento se cõtentaban con que se le les diessen por pago los mismos efectos que tenia Sevilla, se mãdò, y diò facultad à dicho señor Juã de Samariego, *para que pudiesse dar à los Acreedores q̃ quisiessen en pago de los reditos que se les debiessen las deudas sueltas que à Sevilla se le debian, quedando la cobrança de las tales deudas por quenta de los dichos Acreedores que las quisiessen. Y que si huviesse Acreedor, que quisiesse las dichas deudas en pago del principal, y reditos, que se prefiriesse à estos, y entre muchos que lo quisiessen al mas antiguo.* Como todo se justifica por los instrumẽtos presentados despues de la vista destos Autos.

70. De que resulta lo estraño que estubo por dicho Iuez del desempeño, y su Assessor el vso de su Comission, y error de hecho, y de derecho con que procedieron en el Auto difinitivo, que proveyeron confundiendo, y mudando en el todo la dicha sentencia de graduaciõ, que no pudieron. Y tambien, que en fuerça de su Comission los Iuezes referidos, quando estaban las memorias mas puntuales de su execucion, no pagaban nada de los Proprios de Sevilla à dichos Acreedores de los 19.qs. que importaba su procedido, por estar consignados, y aun no alcançar à sus alimentos. Y assimesmo que se les avian de pagar primero, y redimir el principal de todos sus creditos de dichos arbitrios del desempeño, quedandose los reditos para despues de extinguidos sus principales. Y tambien se justifica la execucion de la Provision referida por la certificacion que està en los Autos del Contador del desempeño, (y consta en el Memorial al n.40.) de como se fueron redimiendo con las deudas que se debian à Sevilla, venta de bienes suyos, y arbitrios que entonces se dieron à todos los mas Acreedores, que con estos efectos se contentaron hasta el grado 253. posteriores à este Tributo, que està en el grado 15. y con las dos notas al margen (aunque tachadas de otra tinta) de estar redimido. Y tambien consta por el Informe hecho por el señor Don Iuan de la Calle, que hasta el año de 639. no se le avia pagado à ningun Acreedor de los que estaban

gra-

graduados debaxo del Egigraphe de Tributos viejos, y de no Cabimiento reditos ningunos, y tambien por la certificacion del Contador del desempeño, que se menciona al n.34. del Memorial, que à ningun Acreedor de los Tributos de no Cabimiento se le avian pagado reditos de los Proprios, y què desde el año de 605. hasta el de 56. tampoco se avian pagado reditos ningunos deste Tributo.

71. De que se prueba asimesmo el ningun efecto que tuvieron, ni pudieron tener los Autos de los Iuezes de los años de 625. y 29. que mandaron se pagassen los reditos deste Tributo de lo procedido de las Alcavalas de la Villa de Escacena Proprios de Sevilla, que se refiere en el Memorial al dicho n.34. cuyo exemplar tanto se ponderò à la vista destos Autos; y à que se satisfiço por Sevilla con lo referido, y la contemplacion que entonces pudo motivarlos, sacando por vltima resulta la nulidad de hecho, y de derecho, q̃ contiene dicho Auto, y Autos, y la equivocació, ò crasso error conque se fulminaron, y se proveyò ex dictis; y el fraude, y colusió con que por dicho Colegio se ha procedido en dos maneras. La vna cobrando de los Proprios en perjuizio de los alimentos de Sevilla, y de la causa comun, y publica; y la otra en aver aplicado à reditos lo que ha percebido quando estaba mandado se redimiesse primero los principales de los efectos de dichos arbitrios.

## PVNCTO III.

*CASO (QVE SE NIEGA) QVE TENGAN SVBSISTENCIA DICHOS Autos, en todas tres instancias, y que sobre ellos aya Executoria, no debe ser esta exequible mediante las excepciones modificativas, y impeditivas, que constan de los mismos Autos, y que por Sevilla se han deducido, y opuesto aora contra ella.*

72. HAllandose Sevilla aora noticiada de la que como executoria quiso vsar el dicho Colegio de Bornos, le ha sido precisso salir à su oposició, ò como Reo, q̃ no ha sido vẽcido, ò como Administradora de la causa comũ, y publica, y tercero, de cuyo perjuizio se trata por sus alimentos. Y ademàs de las nulidades referidas que contienen el Auto; y Autos del Iuez del desempeño, y demàs Autos (que incluyẽ en si ser excepciones impeditivas, ò modificativas contra dicha Executoria; para q̃ no pueda, ni deba ser exequible) deduce asimesmo la excepcion de indefension que en dichos Autos consta ha tenido, assi como obligada en la Escritura de imposicion deste Tributo el dicho año de 1570. como tambien respecto de ser tercero, de cuyo perjuizio se trata.

73. Compete pues à Sevilla iure ordinario, proprio, & speciali la excepció, no solo *de minus plenè defensa*, que basta, sino *de nulliter defensa*, por

por ser la defensa, y provenir del derecho natural, *d. l. defensionis facultas. Cod. de iur. fisc. lib.* 10. Azeved. vbi sup. *in d. l.* 2. *tit.* 17. *n.* 37. *lib.* 4. *Recop.* y lo confiessa asi *in d. l.* 4. *n.* 20. *eod. tit. & lib.*

74. Sin que contra ello obste *d. l.* 4. & 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* fundandose en ella (como lo manifestò à la vista deste Pleyto) el Abogado por parte de dicho Colegio, diziendo, que por ambas leyes estaba prohibido, poder decirse de nulidad, ni oponerse ninguna excepcion cōtra las sentencias de revista. ibi: *Que las sentencias en que no avia lugar suplicacion, se entendiesse asimesmo no aver lugar alegar, ni oponerse de nulidad por incompetencia, ò defecto de jurisdiccion, o que della notoriamente conste del processo, y Autos dèl, ò en otra qualquiera manera, ni para impedir la execucion de las tales sentencias, ni para que despues de executadas se pueda tornar al Pleyto: y que por las dichas sentencias se entienda ser acabados, y fenecidos los dichos Pleytos, sin que se puedan tornar à mover, ni suscitar, ni tratar en manera alguna; concluyendo en que lo referido se guarde, asi en los Pleytos, y negocios determinados, y sentenciados, como en los que estuviessen pendientes, y adelante se determinaren, y sentenciaren, y en los que de nuebo se trataren.* Refiriendole à esto mismo la ley 11. en orden à que en estos casos tampoco se pueda vsar de la in integrum restituciō.

75. Y fundandose tambien en la Clementina vt calumnijs. de re iudicat. aunq̄ se le passarō de la vista la ley 19. tit. 22. p. 3. y las leyes 1. y 2. tit. 27. ead. p. Cōtiene la ley 19. q̄ es juizio cōcluìdo aquel q̄ determinado, no se ha apelado dèl, y si se ha apelado ha sido cōfirmado por el superior, y q̄ estàn obligados à passar por èl los q̄ litigarō, y sus herederos. Y las leyes 1. y 2. cōtienē tambien, q̄ deben ser llevados à execucion los juizios vencidos, ò por el Iuez que los diò, ò por su superior, y que dicha execucion debe hazerse en aquellas cosas que se señalan en el juizio, sacandose dellas, que debe llevarse à execucion dicha Executoria, ò por el Juez q̄ la diò, ò por otro superior, como la Sala, porque asi dicho Colegio, como Sevilla estàn sujetos à passar por ella.

76. Duras parecen las leyes 4. y 11. referidas, pero asi estàn escritas, y parece debē observarse ex *l. prospexit. qui & à quib.* pero no lo son; porque de providencias para que tengan fin los Pleytos, y se execute la sentencia que passò à cosa juzgada, està lleno el derecho comun en los titulos *de re iudicat, & de exceptione* en el Canonico. *D. Clement. de re iudic.* en las leyes de Partida *d. l.* 19. *tit.* 22. *p.* 3. y en las del Reyno. *l.* 3. *d. tit.* 17. & *l.* 1. & 2. *tit.* 19. *lib.* 4. & *l.* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. *Recop.* y otras muchas en todos derechos. Con que *dd. ll.* 4. *y* 11. no fueron leyes nuebas, ni innovaron nada del derecho comun, sino corrigieron los abusos de la multiplicidad de excepciones que se oponian à las cosas juzgadas, y hazian perdurables los litigios.

77. Sucediendo en estos el q̄ dada la primera sentencia si se dezia

de

de nulidad,y se confirmaba por sentencia de revista que no la avia, se dezia de nulidad de su confirmacion,y lo mismo de la derevista se dezia de nulidad della,y de la que sobre esta se pronũciaba,se dezia tambien de nulidad,divirtiendo con esto la causa principal del litigio, y lo mismo se executaba mediante otras excepciones frivolas,que se deducian contra las sentencias de revista,y cosa juzgada,como era si el Iuez estaba sentado en su Tribunal, quando diò la sentencia, si estaba en conversacion,en el Campo,en casa particular,ò jugando,que las refiere,y otras muchas Vant.*de nullit.in tit.quotiens,& intra quod temp.n.4. & fere per tot.*con que se hazian juro de heredad los Pleytos. Y lo mismo sucedia por medio de pedir la integrum restitucion con pretextos frivolos. Y asi à esto mirò lo que se reformò, y mandò por las dichas leyes 4.y 11.

78. Para cuyo remedio se promulgaron por Pragmaticas Sanctiones la ley 4.el año de 1565.y la ley 11.el de 1623. y si se huvieran de entender,y observar vt sonant, no huvieran escrito despues sobre poderse abrir,y rescindir, ò no deberse llevar à execucion las sentencias de revista, ni permitidosele D. Covarruv. D. Molin. D. Salgad. D. Amaya. Carrasc.*in tractat.vtrum.restitut.in integr. locum habeat aduers. sentent.reuision.*& late,& optime. Torreblanc.*in lib.de Mag.& Epitom. delictor.lib.3 cap.30.per tot.* Y en otro libro que escriviò *iur.Spiritual. lib.15.cap.12.etiam per tot.*

79. Fundãdose sin duda en el derecho Divino, y natural, y positivo comun,y entre otras en la ley final.*Cod.si contr.ius.vel vtilitat.public.*ibi: *Omnes cuiuscumque maioris vel minoris administrationis Iudices monemus: vt nullum rescriptum,NVLLAM PRAGMATICAM SANCTIONEM, nullam Sacram adnotationem quæ GENERALI IVRI, VEL VTILITATI PVBLICÆ aduersa esse videatur, in disceptationem cuiuslibet litigei patiantur proferri, sed generales Sacras constitutiones modis omnibus non dubitent observandas,*por la qual se prohibe, que ninguna Pragmatica Sanccion,y rescripto que parezca se opone al derecho comun general, ò à la vtilidad publica no se admita,ni aun alegarse,porq̃las leyes,y Sacras cõstituciones del derecho hã de ser sin ninguna duda observadas.

80. Y aunque quod Principi placet tenga fuerça de ley. §.*sed & quod Principi instit.de iur.natural,* las palabras de las leyes, y Constituciones,aunque contengan generalidad, y parezcan absolutas, y deben observarse *l.1.§.generaliter delegat.præstand.*tienen tambien por derecho sus limitaciones,y excepciones,y no derogan lo particular,y especial destas,si con expresion en ellas no se menciona, y deroga, ni se presume,*l.vnic.§.si autem,& ibi Bart.Cod.de caduc.tollend.cap.ad audientiam.de decim.*ni q̃ el Principe en la generalidad de su contenido quisiesse derogar las leyes, y casos que tuviessen especifica providencia,*l.*



doli

*doli clausula de verbor. signif. l. sanctio legum de pæn.* porque si huviera querido lo expressàra *d. §. si autem. l. qui soluendo de hæred. instituend. l. si seruus §. non dixit Prætor. de adquir. hæredit. cap. inter corporalia de translat. Episcop.*

81. Militando esto con mas razon en las sanciones, y leyes nuebas, si disuenan à la razon natural, y entendimiento, en cuyo caso para que no parezcan correctorias se deben concordar *l. 1. Cod. de donation. cap. cum expediat de election. lib. 6.* de forma, que menos perjudiquen al derecho comun. *l. 2. Cod. de noxalib. act. l. sancimus. Cod. de testament. l. præcipimus. Cod de appellation. auth. quas actiones. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* porque este lo previnio todo, y de qualquiera disposicion nueba la más facil interpretació es reducirla à su naturaleza primera *l. si vnus §. pactum ne peteret de pact. l. fin. Cod. de sponsalit. largition. cap. ab exordio. dist. 25.* y todo lo que es apartarse del derecho comun es odioso *l. ius singulare l. quod vero. solut. matrimon. lg. aduersus Cod. de nupt.* lo qual siempre assi debe observarse Cacheran. *decis. 57. n. 3.* Vant. *in tit. qui. poss. dicere de nullitat. n. 57. & seq.* Torreblãc. *in d. lib. de Mag. d. cap. 30. ex n. 68.*

82. Y aunque fuesse el motivo de la ley para que tuviessen fin los Pleytos, debe entenderse en todo lo que no obstasse al bien comun, y vtilidad *ex d. l. fin. Cod. si contra ius.* y fuera muy contra ella, y la mente del Principe, que por estar executoriado en revista vn Pleyto indefenso, ò lleno de nulidades, que despues se reconociessen, se quedasse con la hazienda agena el que lo venciò, que tanto repugna el derecho natural. *ex vulgar. l nam hoc natura de condict. indeb.* porque el Principe solo atiende al buen govierno, y bien publico de sus Vassallos para que fue creado como dize Platon. *in lib. ciuil. seu de regno.* y à este fin dirige sus leyes. Morl. *in empor. iur. tit. de legib. n. 16.* en contraposicion del Principe tirano, que como dize Petr. Fab. *lib. 3. semestr. cap. 16.* su ojebto es: *facere quod placet, Regis autem iusti, quod solum honestum videat.*

83. Y repugnara tambien la observancia de dicha ley 4. al derecho Divino, si no tuviera el gravado por la sentencia de revista, ni le quedara recurso para su invalidacion, prefiriendola al precisso atributo de la justicia, y preceptos del derecho, que es ius suum cuique tribuere, y al Divino, y natural, vt ait Apostol. ad Roman. *cap. 2.* ibi: *natura docet reddere vnicuique secundum opera sua,* y que se quedarà para siempre con lo ageno, el que vna vez la huviesse à su fabor obtenido, dandose mas obediencia à ella, que al derecho Divino que manda lo contrario. D. Luc. *in Act. Apostol. cap. 5.* ibi: *Magis opportet obedire Deo, quam hominibus. cap. non semper. 11. q. 3. tũc Domino obediendũ non est.* D. Thom. *2. 2. q. 33. artic. 7.* ni la ley temporal puede dispensar sobre la ley Divina quia est sola lex veritatis. Esdras. *lib. 2. cap. 9.* y el Real Propheta *Psalm. 118. Beati immaculati in via, qui ambulant in lege Domini.* Ni puede hazer

el

el Principe deuda, ni delito lo que no lo es. Hieron. Gigaſ. *de crimine leſæ. Maieſt. lib. 2. tit. per quos crimen. q. 1. n. 5.* Maſtrillo *lib. 3. de Magiſtrat. cap. 4. n.* 214 ni vſar de la plena poteſtad en perjuizio de tercero. Bartol. *in d. l. fin. Cod. ſi contr. ius vel vtilit. public.* ſin rieſgo tambien de culpa, quia non dicitur poſſe, quod cum peccato poteſt. *cap. faciam. 22. q. 2.* Y fuera mas culpable en el Principe el mandar que no fueſſe oìdo el que padecia vn gravamen de injuſticia en virtud de ſentencia de reviſta, que no en vn particular en fuerça della quedarſe con lo que no era ſuyo. Torrebl. vbi ſup. *de iur. Spiritual. n. 72.* y aſsi pregundandóle Neron à Seneca ſu Maeſtro: ſi eſtaba prohibido de hazer lo que à otros era permitido. act. 2. Scena final.

*Prohibeor vnus facere, quod cunctis licet?*

Le reſpondiò: que el Pueblo ſiempre atendia à las operaciones del Superior.

*Maiora ſemper populus a ſummo exigit.*

Dandole à entender, que eſtas deben ſer ſiempre en èl juſtificadas.

84. Repugnan aſsimeſmo dicha ley 4. à lo diſpueſto tambien por el derecho Canonico, porque en muchos caſos ſe reſcinde, y valen las excepciones legitimas contra la coſa juzgada *cap. ei qui §. difinitiua 2. q. 6.* y por la miſma razó cótra el derecho comũ, y edictos. *l. 1. ex quib. cauſ. maior. l. ſi mater de excep. rei iudicat. l. cũ quæritur de re iudicat. tot. tit. ſi nõ acõpetẽt iudic. & Cod. quando prouocar nõ eſt neceſ. & Cod. quæ ſentẽt. ſine appellat. reſcind.* y otros muchos. Contra la ley 12. *tit.* 22. *p.* 3. que dize quando el ſegundo juizio es valido, y no el primero, y contra la ley 19. *eod. tit. & p.* q̃ queda referido con el cargo de que ſe pudiera aver citado de contrario en ſu fabor, por contener, que por el juizio afinado, eſto es executoriado, ſe debe eſtar por los que lo litigaron, y ſus herederos, que tiene la limitacion ſiguiente. ibi: *Pero ſi ſe acaecieſſe deſpues tal coſa, porque pierda ſu fuerça el juizio* (que es lo miſmo que ſentencia) *començado, no ſon tenuados de eſtar por èl.*

85. Fuera tambien *d. l. 4.* contra las miſmas leyes del Reyno; por que por la ſegunda *d. tit. 17. lib. 4. Recop.* ſe dàn 60. dias de termino para poder dezir de nulidad de la ſentencia. Y aunque en la tercera *eod. tit. & lib.* ſe dize, que la ſentencia de reviſta ſe lleve à execucion, no embargante qualquiera opoſicion, ò excepcion que ſe opuſieſſe (que de quales ſe deba entender ſe dirà adelante) proſigue diziendo: *quede à ſalvo todo ſu derecho à la parte, ſi lo tuviere, para que deſpues lo alegue*, que es ſegun ſuena contraria à la ley quarta ſiguiente, que dize: *que han de quedar por las ſentencias de reviſta fenecidos los Pleytos, ſin que ſe pueda tornar à ellos.* Contra la tercera aſsimeſmo del titulo 14. del miſmo lib. 4. Recopil. que dize: *que ſi entre partes huviere contienda, ò debate, y en perjuizio de qualquiera dellas ſe diere alguna carta, y ſobre carta con qua-*

*leſ-*

*lesquier penas, y clausulas derogatorias, aúque se diga que se procede en ellas de ciert a ciencia, y poderio Real absoluto, que sean obedecidas, y no cumplidas.* que se prueba, que el animo del Principe es siempre, que aunque se aya executado lo que se manda, en perjuizio de tercero no se mantenga, con que mas se ha de estar al animo, que à lo escrito. *lg. scire opportet 23. §. illud de excusat. tutor.* ibi: *Sed & si maxime scriptum legis eam sententiam efficiat, tamen legilatoris mens aliud vult.* q̃ es muy à proposito al caso presente

86. Y fuera tãbien cõtra la ley 1. *y* 2. *tit.* 21. *eod. lib.* 4. *Recop.* q̃ dizẽ: que contra la execucion del contrato, ò de la sentencia se pueda alegar entre otras excepcion de paga, pacto de no pedir, falsedad, *y tal que de derecho se deba recivir*; con q̃ por esta ley se halla tambien limitada *d. l.* 4. y Azeved. *in dd. ll.* 1. *&* 2. fue del mismo sentir, aunque parece fue de contrario. *in d. l.* 3. *n.* 4. *& in d. l.* 4. *n.* 1. *tit.* 17. *lib* 4. *Recop.* asintiẽdo à que las sentencias de revista avian de executarse, y excluyendo la oposicion de las nulidades, concordandolas, y diziendo, que la tercera q̃ dize, q̃ la sentencia de revista se execute, y que despues quede su derecho à salvo à la parte gravada para alegar de su justicia, debe entenderse en caso q̃ huviesse lugar de suplicacion, y que la ley 4. se entendia quando no la huviesse.

87. Pero en la consiliacion destas dos leyes parece pareciò crassa equivocacion Azeved. con lo que dos ojas antes dexa dicho *in l.* 2. *eod. tit. & lib.* pues concediendose por esta 60. dias para poder dezir de nulidad de la sentencia, y tratando de si ha de ser ante el Juez aquo, ò ad quem, la và limitando desde el n. 22. ad 47. & præcipue ex n. 25. vers. *ex quo in materia nostra.* repitiendo diversas nulidades que se pueden oponer contra las sentencias, vnas hasta 30. años, otras perpetuas, y que impiden no passen à cosa juzgada las sentencias, y que se pueden oponer contra tres conformes, particularmente si es por defecto de jurisdiccion, aunque las partes huvieran consentido en ella; porque estas no pueden dar jurisdiccion al Juez q̃ no la tiene *l. priuatorum. Cod. de iurisdict. omn. iudic.* y otras tambien, que constituyen la sentencia en notoria injusticia. Concluyendo en el n. 30. que las sentencias con estas nulidades eo ipso que son nulas, ipso iure, no se pueden executar.

88. De que concluyentemẽte se prueba la equivocacion de Azevedo en la consiliacion de las dos leyes referidas, porque la tercera cõtiene tres partes: La vna, que las sentencias de revista se lleven à execucion, que nadie puede negarlo, quando rite, & perfecte latæ sunt, y no ay excepcion legitima que lo impida. La otra: que si la ay se puede dezir contra ella, sea de nulidad, ò de las demàs que el derecho dispone. Y la otra: que la salida que le dà, conque el dezirse *in d. l.* 3. que quede despues de executada su derecho à la parte para alegar de su jus-

justicia, es en caso que de dicha sentencia pueda aver suplicacion, por que de no, han de entenderse excluìdas las nulidades, como en la ley 4. padeciò equivocacion; porque ademàs de la facultad que por ella se le concede al gravado para alegar de su justicia contra las sentencias de revista, se le concediò asimismo la segunda suplicacion à las 1500. y asi lo manifiestan las palabras advertitivas de dicha ley, ibi: *Pero nò es por esso mi intencion derogar en cosa alguna la ley de Segobia, que dispone de la suplicacion de las* 1500. siendo al parecer la razon, que como para esta segunda suplicacion es necessario nuevo despacho para su admision, y que sea pleyto de gravedad, ò llegue à la cantidad de las 1500. doblas, no quedasse tambien sin recurso el gravado en pleyto de no mucha gravedad, ò cantidad menor, ò mayor para alegar de su justicia ante Juez, ò Tribunal competente, sino quisiesse valerse de la segunda suplicacion, probandose de lo referido concluyentemente que por la ley 3. referida no quedò prohibido poder dezirse, y alegarse nulidades, y otras excepciones legitimas, contra la cosa juzgada, y sentencias de revista.

89. Fundado, pues, como queda, que por todos derechos no estàn excluìdas las excepciones legitimas, y de nulidad, para poder vsar dellas contra las sentencias de revista, y cosa juzgada, no se manda lo contrario por la ley 4. referida, *tit.* 17. *lib.* 4. *recop.* ni sus clausulas lo denotan; porque ademàs de no ser correctoria de lo que por todos derechos se dispone, y que quando estuviera dudosa, debiera cõcordarse, vt minus ius commune læderet, ex dd. n. 81. el motivo de su promulgacion el año de 1565. fue, como queda dicho, para obviar los abusos de las nulidades, y excepciones calumniosas, y maliciosas, ò sin justificacion, que oponian los reos vencidos para impedir las execuciones de las sentencias de revista, que avian passado à cosa juzgada, para que tuviessen fin los pleytos, como lo mismo estava dispuesto por la Clementina referida, *vt calumnijs de re iudicat*, pero no las legitimas dispuestas por derecho, y asi lo manifiesta lo causal de sus palabras, ibi: *Vt calumnijs litigantium occurratur.* Que fue el motivo, y alma de la Clementina, y la mente del Pontifice, que la expidiò, que es à lo que se debe atender, *ex d. l. nõ dubium, Cod. de legib. & ex d. l. scire opportet* 13. *§. illud de excusation. tutor.*

90. Conque la ley 4. y la Clementina concuerdan en vna misma disposicion, y substancia, porque las nulidades que excluyen, son las maliciosas, è injustificadas, pero no las legitimas que constan tambien, *in gloss.* 1. *circa med.* y se prueba de la misma Clementina; porque passando à sus limitaciones, admite la nulidad que evidentemente constare lo es legitima, ò que incontinenti se puede probar, en cuyos casos dize, que debe suspenderse la execucion de la sentencia, ibi:

*Item fallit si nullitas sit evidentissima*; y mas adelante: *Item non fiet executio, si adsit prompta probatio nullitatis*. Y con la concordancia referida se entiende, y debe entender la ley 4. y dicha Clementina, vt minus ius commune lædant, y no sean contrarias, ò correctorias, y que por ambas no quedan excluìdas las nulidades legitimas, y excepciones, que por derecho comun suspenden la execucion de las sentencias, sino solo las maliciosas, y sin justificacion, ò que altiorem indaginem requirunt. *l. si Prætor 9.* Marcellus *de iudic.* Rodrig. *de execution. cap. 6. num.* 4. con otros muchos.

91. Y resolutiue, & Magistraliter D. Salgad. cum multis, tratando de la ley 4. referida, y de su verdadera inteligencia *in laberynt. 3. p. cap. 1. num.* 168. *circ. med.* ibi: *Non tamen ademit casus legitimos tangẽtes causam, & iustitiam principalem, & ius partium principale, ex quibus de iure communi, ac Regio infringi solet res iudicata, eiusque effectum, & executionem impediunt, vel aliàs rei iudicatæ vires eneruant, aut cessare faciunt, DE QVIBVS NON LOQVITVR DICTA LEX REGIA, NEC DE EIS ALIQVID DISPOSVIT, NEC INNOVAVIT. Id circo nec ad eos tanquam correctoria, & limitata trahi potest, nec extendi, SED INTACTI REMANENT SVB DISPOSITIONE IVRIS COMMVNIS.*

92. Y si no fuera la mente de la ley 4 como queda satisfecho debe entenderse, della misma resultaba vn absurdo, porque si quedara sin recurso el gravado, para no poder dezir contra la sentencia de revista de nulidad, por incompetencia de Juez, ò defecto de jurisdicciõ, sino que avia de quedar fenecido el pleyto sin poderse bolver à suscitar conteniendo esta nulidad, se seguiria que vn Eclesiastico, siendo tenido por Secular, y vencido en vn pleyto como reo demandado, quedarà sugeto à aquella sentencia de Juez incompetente à su estado, no pudiendo ser convenido, sino ante el suyo, aunque lo consintiesse, *cap. Si diligenti de for. compet. cap. At si Clerici de iud.* Rot. apud Farinac. *decis. 121. n. 2. in collect.* 1. y aunque para ello huviesse prestado su cõsentimiento el Obispo. Barbos. *in l. 1. de iudic. num.* 173. Farinac. *in prax. tom. 1. q.* 8. *num.* 13. Surd. *cons. 396. num.* 5. y aunque el Eclesiastico huviera jurado que no opondria nulidad de la sentencia que contra èl fuesse dada, porque tambien serian los autos, y la sentencia nula. DD. *in d. cap. Si diligenti.* Cravet. *cons. 383. n. 16.* Gutierr. *de iuram. confirmat. p. 3. cap.* 17. Bobadill. *in polit. tom. 1. lib. 2. cap. 18. n.* 189.

93. Y asi attente inspecta la ley 4. referida debe entenderse, y lo absoluto al parecer de sus palabras, regladas al derecho comun, y à lo favorable, y la palabra: *O de otra qualquier manera*, no como la quiso entender con tanta latitud Azevedo *in d. leg.* y se ponderò de contrario, diziendo, que el no poderse alegar de nulidad, por incompetencia, ò defecto de jurisdiccion, se extendia tambien, *ò en otra qualquier manera*

nera.

*nera* à otro qualquiera genero, ò especie de nulidad de oposicion, ò excepcion; porque dicha clausula es referente à la immediata à ella antecedente, ibi: *O que della notoriamente conste del processo, y autos dèl, ò de otra qualquiera manera*; esto es, ò de otra qualquiera manera que conste, v.g. por prueba, ò en otra manera, y no respecto de las nulidades, ò excepciones legitimas de derecho, que suspenden la execucion de las sentencias, como queda fundado. Y constando esto tan literalmente de las mismas palabras, no es menester otra prueba, ex vulgar. quod patet, &c.

94. Y con esto mismo quedan satirfechas la ley 1. y 2. tit. 21. p. 3. que quedan como contrarias, notadas en el num. 74. que dizen, que deben cumplir los juyzios (esto es los vencidos) aquellos mismos Juezes que los dieron, ò los Mayorales dellos, y que dicha execucion debe hazerse en aquellas cosas que se señalan en el juyzio; porque las mismas leyes expressan, que los juyzios vencidos deben cumplirse, quando son los juyzios validos, y no ay excepcion de nulidad, ò otra legitima de derecho que los anule, ò pueda impedir su execució, ita *d. lex* 1. *Cumplir pueden los juyzios AQVELLOS QVE SON VALEDEROS, aquellos mismos judgadores que los dieron, è esso mismo pueden facer los Mayorales dellos.* y la 2. ibi: *Cumplidos deben ser los juyzios VALEDEROS en esta manera, &c.*

95. De que se prueba, que los juyzios vencidos, y executoriados deben cumplirse, pero esto es, quando son validos, y no tienen vicio de nulidad, ò otra legitima excepcion que los ponga en terminos de nulos, ò impida su execucion. Y se prueba tambien por dichas leyes que puede aver juyzios vencidos, q̃ no sean valederos; pues la inclusion destos en dichas leyes es exclusion de los no valederos, y q̃ oponiendoseles excepciones legitimas pueden no ser exequibles; conque si se debiera entender dicha ley 4. vt sonat, quedaban estas dos leyes, y otras muchas de las partidas derogadas, sino se entendiera, como queda concordada, y fundado. Ni es de entender, ni presumirse lo cõtrario, ni que los señores Reyes, que promulgaron la ley 4. y 11. referidas, quisieran con dichas leyes, que quedassen derogados titulos enteros, y repetidas leyes, y estatutos en todos derechos, que para refugio, y remedio de los gravados por las sentencias de revista, con tanta meditacion fueron establecidos, *cap. Ecclesia vestra de election. l. si quando Cod. de inoff. testament.*

96. Porque aunque se diga, que el Principe puede hazerlo. *Clement. dispendiosam de iudic. Clement. sæpe de verb. sign.* debe expressarlo Innocent. *in cap. innotuit. de election.* y no expressandolo se presume, que en aquello mismo que manda, legibus vniversalibus, ac positivo iure se vti velle. *cap. Veritatis de dol. & contumat.* ibi: *Nos igitur videntes ordinem iudiciorum in hoc fuisse observatum. cap. Licèt causam de pro-*

*ba*

*bation.* ibi: *Quia nolumus à iuris tramite declinare. cap. Cũ olim de electiõ. cap. Cum ad sedem de restit. spoliat.* Torreblanc. vbi sup. *in tractat. iur. spiritual. ex num.* 43. *ad* 48. como tambien queda fundado *num.* 80.

97. Y esta misma inteligencia, y decision es la de la ley 3. referida, tit. 17. lib. 4. recopil. (ademas de lo que queda dicho en ella n. 86.) en que se manda se lleve à execucion la sentencia de revista, que se entiende como *dd. ll.* 1. *&* 2. siendo la sentencia valida, pero no quãdo fuessen legitimas las nulidades, que se opusiessen à su execucion, y no maliciosas, ò fribolas, porque la ley, ò estatuto es su efecto exequible super actu valido, & rite facto, Bart. *in l. omnes Populi de iust. & iur. q.* 6. Bald. *in l. Gallus.* §. *Et quid si tantum de liber. & posthum. & in l. si quis non dicam. de Episcop. & Cleric.* Iacob. Villalpand. *in l.* 22. *tit.* 1. *p.* 7. *in lectur.* §. 12. *n.* 10. *fol.* 28. Torreblanc. *vbi sup. iuris spirit. n.* 26. Y desta misma manera se entienden la *ley* 1. *y* 2. *tit.* 19. *d. lib.* 4. *recopil.*

98. Y debe tenerse por infalible, que si à los señores Reyes que las promulgaron se les preguntasse si fue su animo el que se entendiessen *d. lex* 4. *&* 11. como queda fundado, regladas al derecho comun, que lo respondieran assi. *cap. in generali. de reg. iur. in* 6. *cap. Frater noster* 16. *q.* 1. porque las leyes no se promulgan para vinculos de lo no justo, ni razonable. *cap. inter cætera* 22. *q.* 4. *cap. quanto de iur. iurãd. auth. Scænicas non solum.* §. 1. *collat.* 3. ni contra la vtilidad publica, como lo fuera si se le denegara audiencia al gravado; por tenerse por vna misma cosa cõdenar al inocente, ò prohibirle absolutamente la defensa, estando por la sentencia manifiestamente gravado, vt ex multis resoluit. Maroto, *lib.* 1. *de iur. quæsito, cap.* 14. *ex num.* 49. y deben ser estos oydos contra sentencias, aunque sean de revista. Jul. Clar. *lib.* 5. *recept.* § *fin. q.* 61. Paz *in prax. tom.* 1. *p.* 5. §. 10. *num.* 4. Torrebl. *vbi sup. num.* 60. Y si la defensa pudieran quitar los Principes en fuerça de sentencia, ò ley, no le huviera quitado el Rey Achab à Naboth la viña con violencia, ni en pena de su injusticia huviera tenido Achab, y Jezabel, su muger, el soberano castigo, que se refiere *in lib.* 3. *Reg. cap.* 21.

99. Respecto de lo qual no pueden entenderse *dd. ll.* 4. y 11. y las demas que se opusierẽ à lo referido, vt sonant; porque la ley es, y debe ser *sancta, justa, possibilis, & secundum præcepta diuina, & naturam ad hoc vt obliget. cap. Erit autem lex. dist.* 4. Aristot. *lib.* 3. *Politicor. cap. fin.* para que sea obedecida, como queda fundado *n.* 83. ex Act. Apostol. *cap.* 5. & ex D. Thom. 2. 2. *q.* 33. *art.* 7. y assi querer entender dichas leyes literalmente, es ir contra ella misma, y quebrantar su mente, y voluntad, *ex d. l. vulg. non dubium, Cod. de legib.* y contra *dd. ll.* 1. *y* 2. *tit.* 14. *lib.* 4. *recopil.* en que se manda, que quando se expidiere despacho, de que resultare perjuyzio à tercero, no se obedezca, ni aunque en èl se diga que procede de cierta sciencia, y poder Real absoluto.

100. Porque el animo del Principe, es de que sus leyes, y decissiones non vertantur in tertij præiudicium, ni sean exequibles, como queda fundado, *num.*85. y como concluye Torrebl. *in d. lib. de mag. & epitom. de lict. lib.* 3. *cap.* 30. *num. fin* sobre la inteligencia de dicha ley 4. ibi: *Et ita ex præsumpta Principis voluntate ad hos casus non potest extendi; vt innocentis* (en que incluye al indefenso) *vita, fama, aut fortuna auferatur: AVT QVÆ TOT IVRIBVS NVLLA, ET IRRITA SVNT, in tantum Reipublicæ damnum, partium dispendium, iudicum peccatum, & ipsius met Principis conscientiam sustineatur, nam ex sententia iniqua omnes ad restitutionem tenentur.* citando à S. Thomas 2.2. *q.*61. *art.*1.2. & 16. y à D, Covarrub, *in cap. cum esses, n.*8. *de testam. & in cap. peccatum. p.*2. § 3. *n.*9. & §. 6. *ex n.*1. *de reg. iur. in* 6.

101. Y assi no pueden obstar dd. ll. 4. y 11. ni obviar la suspẽsion de la execucion de la sentẽcia presente, que trata de executarse, opuesta como està à ella por Sevilla la excepcion tan legitima, como lo es de aver estado, y estàr indefensa, que no solo le compete por derecho natural, sino iure ordinario, proprio, & speciali, como queda dicho *num.*73. y se prueba, *ex l. vnic. Cod. de iur. Reipub. lib.* 11. ibi: *Si quid adversus Rempublicam indefensam statutum est actionibus eius mihil est præiudicatum*; que habla de todas Republicas, como lo nota assi D. Amay. *in* 10. *lib. Cod. in tit. de iur. fisc. in princip. num. fin.*

102. Y es excepcion tan legitima de nulidad, que desvanece la cosa juzgada, y debe ser admitida siempre que se deduzga *d. l. vnic.* §. *cogniturum de quæstion.* ibi: *Quocumque tẽpore. cap. cum inter de exception.* D. Molin. de primog. *lib.*4. *cap.*8. *num.*7. *cum seqq. ex l. si servus plurium.* §. *si quis ante de legat.* 1. ibi: *vel minus plene defendit causam. & l. si perlusoriè de appellation. & ibi ad d.* y mas si en las defensas que se hizieron gastando el nombre de Sevilla huvo lo que dize *in num.* 10. *dolus, fraus, negligentia, collusio, omissio, aut actus voluntarius*, que no poco lo manifiestan los mismos autos; y eius à dd. *in d. num.* 3. tuvieron por colusion, quando el que defiende vn pleyto no deduce en èl todos los derechos que incumben à su defensa. Y la minus plena defensio es tan grande excepcion, que por ella cada dia se determina por practica inconcussa abrirse los juyzios, y rescindirlos, diziendo, y declarando no perjudica la cosa juzgada, ita D. Salgad. *in labyrint.* 3. *p. cap.* 1. *num.* 116. & D. Amay. *in d. lib.* 10. *Cod. in tit. de sentent. aduers. fisc. retract. n.*20. cum multis quos referunt.

103. Ademàs de que el mismo efecto produce contra la cosa juzgada la nulidad de defecto de citacion à Sevilla en su Cabildo, como se debiò hazer quando se intentò esta demanda por dicho Colegio de la Sangre (y queda dicho, *ex num.*29. *ad* 31.) porque este defecto no le puede quitar el Principe, ni estar comprehendido *in d. l.*4. por-

que por el derecho positivo, no puede derogarse el natural. Bald. &c alij *in d.l.1. Cod. de legib. & in l.fin. Cod. si cõtr. ius, vel vtilit. l. eas obligationes de capit diminut. l abdicatio. de Patr. potest. §. Sed naturalia instit. de iur. natural. §. fin. de legit. agnator. tutel. cap. 1. de caus. possess. & propriet.* & ibi Abb. *cap. inter quatuor de maiorit. & obedient. Clement in. Pastoralis. §. cæterum de re iudic.* Felin. *in cap. cũ olim de re iudic. num.* 12. Vant. *de nullit. sentent ex defect. citat. ex n. 1. & tit. an quælibet sentent. ex n.* 14. Scassia *de appellation. q. 19. remed. 1. ex num. 19. & remed. 3. num.* 22. Torrebl. *iur. spiritual. d. lib. 15. cap.* 12. Idem *in epitom. de Mag. d. lib. 3. cap. 30. ex num.* 43. Mexia *in l. Tolet. p. 2. fundament. 1. num. 21. &* 23. Paz *de tenut. p. 1. cap. 14. num. 8. & 9.*

104. Y la citacion à la persona que se demanda, como contiene en si la prevencion para que se defienda, es de derecho divino, y natural, por ser causa previa para el efecto de la defensa. Bald. *in l. si executorem, de except. rei iudic. l. vt vim. de iust. & iur. l. 1. §. cum arietes, si quadrup. pauper, fecis. dicat. l. 2. §. si ad diem. de re militar.* Genes. *cap. 3. vers. 9. & cap. 18. vers. 21. d. cap. Deus omnipotẽs 2. q. 1. cap. qualiter de accusat.* la qual no se puede negar, ni quitarse, ni omitirse à ninguno, *d. l. defensionis facult. Cod. de iur. fisc. lib. 10. d. l. vnius. §. cogniturũ de quæstion. cap. cum inter de exception.* en tanto grado, que si el Demonio huviera de parecer en juyzio, avia de ser oydo, vt inquit Rot. Roman. *decis.* 343.

105. Y la nulidad de la falta de citacion, por ninguna ley, ò estatuto que prohiba las nulidades por palabras generales, y absolutas, que contenga la exclusion dellas, que no està comprehendida, expressamente lo defienden Innocẽt. *in cap. tua nos. de cohabitat. Clericor. & mulier.* Bald. *in l. 1. Cod. quomod. & quand. iudex.* Alexand. *cons. 225. lib. 6.* Ancharran. *cons.* 202. aliàs 211. Decius, *cons. 38. n. 7. & cons. 410. n. 17. & cons. 603. n. 11. & cons. 681. lib. 5.*

106. Bastando para aver defecto de citacion, no solo, que no se aya hecho, sino que si se hizo aya sido à persona no legitima, y como es acto de hecho la citacion, no basta presumirse, sino se prueba, *l. in bello. §. captæ de captiu. & post lim. reuers. l. 1. & l. cum te. Cod. de probation. l. optimam, Cod. de contrah. empt.* y aunque se huviesse notificado al Procurador mayor de entonces, no es lo mismo que aver citado à la Ciudad, como queda fundado, *num. 29. &* 103. y la incerteza, quando la huviesse, que no la ay, de si es valida esta citacion, ò no, basta para que se tenga por no hecha. Speculat. *in tit. de citation. §. contra,* Gratian. *disceptat. forens. tom. 4. q. 115. num. 9.* & alij quos refert; en cuyo caso se tiene el reo demandado por ausente, y siendo la citacion invalida, todo lo actuado sin aver precedido esta, lo es tambien: porque lo mismo obra el defecto de citacion, que ser esta nula, ò invalida; *gloss.*

*in*

*in l.si accusationib.Cod.de accusationib.*Bald.*in auth.si omnes Cod.si se ab hæred.abstineant.& in l.si vt proponis,Cod.quomod.et quand.iudex.*Vantio *de nullit.sentent.ex defect.citat.ex num.* 14.*ad* 21.

107. Y que fue invalido el traslado que se le mandò dar al Procurador mayor,aunque se le notificasse,queda fundado,porque debiò hazersele saber à la Ciudad sentada en su Cabildo, para que con esta noticia discurriera,y acordara Collegialiter, aut Capitulariter lo que mas conviniesse, lo qual no es concedido al Procurador mayor solo, por tocar esta resoluciõ à la Ciudad,vt vniversis,*l.*19.*ad municipal.*ibi: *Quod maior pars curiæ effecit,pro eo habetur,ac si omnes egerint.l.*2.*l.nominationum,Cod.de Decurion.lib.*10.*argum.l.perfundum.de seruitut.rusticor. prædior.l.fin.commun.prædior.*Anton. Gom.*variar.tom.*2. *cap.*3.*n.*14.

* 108. Tiene asimismo deducida la Ciudad contra la dicha executoria excepcion de paga,reglandose à la ley 1. y 2. referidas, tit.21. lib.4.recop.que contienen, que se pueda alegar contra los contratos,y sentẽcias entre otras la excepcion de paga para impedir su execucion. Y aunque sea repeticion es preciso hazerlo, quando se necessita de su adequacion,haziendo memoria de las tres divisiones de bienes que se distribuyeron en la sentencia de graduacion de los que tenia Sevilla,y sus Proprios, que la primera fue:separarle los que pareciò necessitava para sus alimentos,y de la causa comun,y publica,y la segunda,la que se hizo,y aplicò con lo procedido de las Villas del Maestrazgo, y Juros à los Acreedores que avian dado su dinero sobre estas fincas, que fueron en numero 717.y la tercera,la que se hizo assimesmo,y se aplicò en el residuo, y sobras de los alimentos referidos, y en los efectos que su Magestad aplicasse, y concediesse para la paga de 253. Acreedores, que se avian quedado sin paga, ni finca de donde cobrar,cuyos reditos solo importaban mas de 19.qs.y tambien con lo procedido de mas de 900ʉ.ds. de bienes que se vendieron a Sevilla de oficios que proveìa,cortijos que arrendaba, è indulto de valdios, que avian vsurpado diversas personas, y puesto plantas en ellos, y Casas que se avian labrado arrimadas à las murallas.

109. Conque mediante las aplicaciones, y adjudicaciones referidas conque se hizo pago à todo el numero de sus Acreedores,que es el vnico fin de los concursos,y à que se dirigen todos sus autos, porque lo mismo es pagar,que satisfacer,*l.*1.*qui satis dar.cogant.* y esto cõ la diferencia,que advierte D.Salgad.*in labyrint.*3.*p.cap.*2.*ex num.*59.*et num.*96.*et seq.*diziendo, que si el deudor adjudica, y consigna alguna finca à su Acreedor para pago de su deuda, si se deteriora, que es por cuenta del deudor,pero que si es por sentencia de Juez, y en concurso,es por cuenta del Acreedor, valga, ò no la cantidad consignada la prenda;porque es precisamente *datio in solutum*, y se extingue la obli-

ga-

gacion, ibi: *d. num. 52. Sequitur quod consignatio, et adiudicatio nominum debitoris facta per iudicem in sententia graduationis creditoribus, precise sit intelligenda pro datione in solutum, et per consequens extinctio obligationis.* Y esta adjudicacion hecha por el Juez, dize *in num.* 60. que es datio in solutum necessaria, y no voluntaria, citando à Matienzo *in l. 6. tit. 1. lib. 5. recop. gloss. 1. à num. 4. et gloss. 2.* y à Hermosilla *in l. 52. gloss. 7. ex num. 13. tit. 5. p. 5. tom. 1. fol. 232.*

110. Y mediante esta adjudicacion, y consignacion que se hizo para la paga de dicho tributo à D. Perafan de Ribera al grado 15. en el residuo, y efectos referidos, quedò hecha novacion en su contrato, y y imposicion; porque se finge, que se hizo nueva imposició en la finca adjudicada, y que se redimiò la paga, y obligacion antecedente, y quedò totalmente extinguida la primera obligacion, y que con aquel dinero de la redempcion se comprò otro igual censo sobre la prenda adjudicada, *l. si prædium, Cod. de eviction*, y que quedò Acreedor de la adjudicacion por el censo, y que no la tomò in pignus; idem D. Salg. *in laberynt. 1. p. cap. 18. ex num. 1. cum plurimis seqq. & fere per totum*, citando infinitos Autores, que por no transcribirse se omiten, à que assistiò tambien Censius *de censib. q. 10. ex n. 16. ad* 20. en que cita tambien muchas decisiones Rotæ Romanæ, y à Menoch. *cons. 201. num. 6. et in tractat. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 93. in fin.* Surd. *cons. 243. num. 21. lib. 2.*

111. Y por la consignacion, y adjudicacion hecha al Acreedor en virtud de sentécia de graduacion para extinccion del principal, y paga de reditos, queda libre el deudor, sus fiadores, y hipotecas, y assi lo quedò Sevilla, por ser lo mismo que pagarlo con dinero. *l. 1. ff. pro solut. l. inter causas. §. ab esse mandat.* D. Salg *eod. cap. 18. num.* 1. 8. *9. et in num.* 12. ibi: *Igitur concludendum firmiter videtur; quod per adiudicationem, et consignationem bonorum creditori factam in sententia graduationis in solutionem, et extinctionem sui crediti, nullomodo potest iam regressum, et recursum creditor aliquem habere adversus fideiussores, aut correos, CVM TOTALITER PER ADIVDICATIONEM, ET DATIONEM IN SOLVTVM PRINCIPALIS OBLIGATIO EXTINCTA SIT, ET PER CONSEQVENS FIDEIVSSIO, quæ sine illa consistere non potest.* Con mucho numero de Autores, que en los referidos cita.

112. Porque cum principale non subsistit, nec ea quæ sequuntur locum habent. *l. crediticem 7. Cod. de remission. pignor.* siuè solutum sit debitum, siuè eo nomine satisfactum. *l. Colonus quib. mod. pign. vel hypothec. solvant.* principalmente, quando no solo fue consentida por las partes (que se prueba de no aver instrumento alguno contrario de apelacion de dicha sentencia) sino tambien aver sido aprobada entonces por su Magestad, y junta referida de su Real Cósejo, y despues,

y

y hasta aora repetida en todas las comissiones, que se han despachado à los Juezes del desempeño, ibi: *Guardando, y cumpliendo en todo la graduacion hecha por Domingo de Zabala*, y aver estado extante para con dichos Acreedores mas ha de 86. años, y estar en virtud de dicha sentencias, y Provision referida del año 1616. que queda mencionada *in num.69.* redimidos los principales, y pagados los reditos de mas de 240. Acreedores posteriores en grado al tributo presente à nombre de D. Perafan, y tambien con dinero prompto del Arca del desempeño.

113. Y si de contrario se quisiere impugnarlo referido, diziendo, que esto se entiende quando al Acreedor se le haze tradicion de la finca consignada, y que no se le ha hecho tradicion alguna à la parte de dicho D. Perafan, ni de dicho Colegio del efecto que se le consignò, tiene de respuesta la decision que dà à dicha question el mismo D. Salgad. *d. cap.* 18. *ex num.* 26. *ad* 32. diziendo, que quando por la sentencia de graduacion del concurso se le señalan al Acreedor las fincas, y efectos de su paga para el tiempo que tuviere cabimiento su grado, sin impedimento alguno, ni riesgo de irrevocabilidad, de forma, que solo pende de su voluntad percebir el monto de su credito, ò perderlo, y queda por el Acreedor el ponerle cobro, y hazerse pago, que queda extinguida la obligacion del deudor, no solo en quãto al principal, sino tambiẽ en las decursas, ibi *in d.n.26. in fin. & 27. Quia tunc, eo ipso quod per eundem creditorem steterit recipere bona consignata, extinguitur prior obligatio, & census de cætero redditus non currunt, sed potius cessant.* vt in terminis per Rotam in vna Bononiensis census inter recollectas per Cẽsium post tract. *de censib. decis.* 182. *n.* 4. & in alia Romana census, *quæ est ibid. d. decis. & in alia ibid. decis.* 448. *num.* 3. *& sequitur ipse Censius in d. tract. de censib. q.* 107. *num.* 15.

114. Y el mismo Cencio *de censib. d. q.* 107. *num.* 13. vers. *Quod si sors, & num.* 27. *&* 28. repite el mismo sentir, de que si por el Acreedor queda cobrar la suerte principal del censo, y no del deudor, que cessan los reditos, ibi in d.n.13. *Quod si sors non restituatur, non ob moram debitoris, sed ob negligentiam creditoris, vtique cessabit cursus fructuum, nec aliquod debetur interesse, quod absque mora deberi non potest. glos.* 1. *in fin. in l. quod te. si cert. petat.* y concluye en el num. 16. con lo mismo que dize D. Salg *d. cap.* 18. *num.* 31. de que han de cessar los reditos, è imputarsele al Acreedor la omission, quãdo por culpa del no cobrò la suerte principal pudiendo, ibi: *Cessant fructus census, quando est in mera facultate domini illius habere, & recuperare sortem principalem per Rot. decis.* 248. *num.* 3. *& alia decis* 106. *num.* 3. *& decis.* 291. *ad fin. quia eo casu est imputandum creditori census, si prætium non exigit cum potuerit ex Seraphin. decis.* 1333. *num.* 94.

115. Y que ha quedado por omission, ò lo mas cierto malicia

N de

de la parte contraria, no aver cobrado la suerte principal deste tributo, consta de los instrumentos nuevamente por la deSevilla presentados, pues se prueba de los autos desde el fol.152. al 193. deste pleyto (y se nota assi en el Memorial al num.40.) estar redimidos mas de 240. Acreedores posteriores à este tributo de D.Perafan. Y se prueba assimesmo la omission, y malicia referida de otro instrumento nuevamẽte presentado en este pleyto *al fol.*108.*à* 118. (que se refiere en el Memorial *al n.*36.) por donde consta, que aviendo mas de 50ǯ. ducados promptos el año de 1640. de efectos que se beneficiaron, vendiendo las Alcavalas de Sanlucar la mayor, y otros que se avian cobrado para redimir dichos tributos viejos, y de no cabimiẽto, de que apenas avia 18. Acreedores, y entre ellos el dicho tributo deD.Perafan, se les llamò por mandado del señor D.Juan de la Calle, Juez que era entonces del desempeño, por edictos para que acudiessen à recibir el principal de sus tributos, incluyendo en ellos llamar à dicho D.Perafan.

116. Repitiendose los mismos edictos el año siguiente de 41. por nuevo auto, con apercebimiento de deposito, por cuenta, y riesgo de dichos Acreedores, y cessassion de reditos. Y este mismo año por termino vltimo, y peremptorio se mandò acudiessen dichos Acreedores (en que tambien iba mencionado este tributo de D. Perafan) dentro de tercero dia à cobrar sus principales, con apercebimiento que passado dicho termino, y no aviendo acudido à recebirlo, se daban, y dieron por chanceladas sus escrituras, y cessados sus reditos, y por libre à la Ciudad dellas, y aviendose repetido los edictos, y pregones que se fixaron, y dieron en las plazas publicas, y de la Lonja, por no aver comparecido, con efecto se deposito la cantidad referida por cuenta, y riesgo de dichos Acreedores. Y por el año de 42. para mayor justificacion, y convencimiento suyo, se bolviò à repetir el mismo auto, pregones, y edictos. se executò el darse, y fixarse en las partes publicas referidas, y se mandò se passasse à la Contaduria del desempeño todo lo actuado, y referido para que no se les pagasse, y se passò, y assi consta por el instrumento presentado referido.

117. De que evidentemente se prueba ex ipsis met actis la omission, ò malicia conque de contrario se ha procedido, y que por su parte à quedado no aver cobrado el principal de su tributo (caso que se niega q̃ no este redimido, como consta por las notas que estàn puestas de redempcion al margẽ del grado desta partida en la misma forma que estàn las demàs de los tributos referidos que se redimieron, y està alegado) y por esta razon, y otras que se fundaràn hallarse Sevilla libre de la paga deste censo, y en terminos puntuales de las doctrinas referidas en los numeros proximos antecedentes del señor Salgado, Cencio, decisiones de Rota, y de los demas Autores que por vno, y otro se citan.

Sin

118. Sin que pueda dezirse de contrario q̃ la causa de no aver cobrado el principal deste tributo, aunq̃ estava graduado en el 15. lugar, y dexado pagar à otros Acreedores posteriores, fue porque por la Provision referida en el num. 69. del año de 616. se mandò preferir en la paga à aquellos que la quisiessen en los efectos que se debian à Sevilla, tomandolos por su cuenta, y riesgo, y que siendo este acto, y orden facultatiua, pudo vsar della dicho Colegio à su voluntad, no queriendola, ni estandole bien tomarla por su cuenta, y riesgo; porque se convence lo contrario de los mismos autos, è instrumentos nuevamente presentados; pues en las notas de las redempciones de los tributos posteriores à su grado, consta que los mas dellos se redimieron en contado del caudal que para ello se juntaba en las Arcas del desempeño, además del expresso convencimiento que queda dicho de los 50ʉ ds. que el año de 639. estuvieron promptos, y puesto edictos, llamando al interessado en este tributo para pagarle, y redimirlo, como està justificado.

119. Y asi no supondrà nada el querer dezir, que no se entregò la prenda consignada despues de la sentencia de graduacion, para no aver corrido de su cuenta la omission de no aver cobrado el principal de dicho tributo, y obviar que por Sevilla se diga que por està causa han sido los reditos que ha percebido indebidos, y consiguientemẽte, que los debe el desempeño, y Sevilla repetir, reconviniendole, como tiene reconvenido por via de accion à la restitucion demàs de 24ʉ. ds. que con la colusion que queda dicha à cobrado de sus Propios, faltando à averlos gastado en el beneficio de sus obras publicas, y necessarias conforme su obligacion; y que tan poco no pueden perjudicarle los edictos, y pregones referidos, no aviendose notificado personalmente los autos de que procedieron.

120. Porque à lo referido se responde, que ay cosas corporales, y incorporales, y que las corporales son, *quæ tangi possunt*, y las incorporales, *quæ tangi non possunt*, definicion notoria *in* §.1. *institut. de reb. corporal. & incorporal.* y que de las cosas incorporales, como son las servidumbres, el ius in rem, y otras quæ tangi non possunt se haze tradicion *per cautiorem, cessionem, SCIENTIAM, ET PATIENTIAM CVM SILENTIO*, en que no es necessaria tradicion corporal, principalmente en aquellas cosas en que à intervenido sentencia, porque esta basta para justo Titulo de possession, y tradicion del ius in rem, que mediante ella se adquiere, por no darse en ella diferencia de otros titulos, por los quales se transfiere dominio, Garcia *de nobilit. glos.* 8. §. 1. *num.* 1. ibi: *In qua re illud meminisse opportet: sententiam esse titulum nihil fere differentem ab alijs titulis, qui præstant iustam causam ad translationem dominij.* à la manera que la dote, y herencia, que son cuerpos corporeos que finge el derecho.

Y

121. Y passando en el num.3.vers.*In vniversalibus*, à los juyzios vniversales entre muchos, dize: que el efecto de la sentencia por medio de qualquiera de los colitigantes se comunica à todos, aunque no intervenga especial tradicion, porque tacitamēte interviene *l.1.& 2. ff. pro socio*, respecto de que el efecto que produce la sentencia es cession del derecho que le dà à aquel à cuyo favor se dirige, que obra, y es lo mismo que la tradicion, porque se equiparan en derecho, *glos. in l. fin. Cod. quand. fisc. & priuat. & glos. verb. posterioribus, in l. fin. in princip. de donationib. & glos. fin. in l.2. Cod. de obligat. & action.* y la sciencia, y paciencia en los derechos incorporeos obra lo mismo que la tradicion, y el silencio en no contradezir que vno posterior se prefiera, y anteponga à vsar del derecho que otro anteriormente tiene adquirido, porque estando en su voluntad prohibirselo, es lo mismo que cōsentirlo, y assi concluye idem Garcia en el *num.5. in fin.* ibi: *Igitur sententia est titulus legitimus, qui per se est actus ad translationem dominij, & obtinet naturam reliquorum titulorum, sed tamen eget traditione, quæ in iuribus incorporeis fit, cautione. cessione, & patientia.*

122. De que resulta, que conteniendo la sentencia de graduaciō, *que con lo procedido de la renta de Proprios aviendo cumplido, y pagado los gastos de la Republica, salarios, &c. se han de pagar los 19. qs. 426U.379. mrs. que montan los tributos que vàn à parte en 253. partidas, en que entran los tributos viejos, y de los arbitrios que su Magestad concediesse, &c.* estando el presente que se litiga mandado pagar en el grado 15. como queda justificado del residuo de dichos Proprios, y arbitrios, no se le pudo hazer dellos tradicion Real corporal aun mismo tiempo à todos los Acreedores, porque no eran corporeos, y assi la tradicion que se hizo, y se subsiguiò de dicha sentencia fue la cession del *ius in rem* contra dichos efectos, à cada vno en su grado, para que despues tuviesse la tradicion corporea con su cobro, y se entrasse per se en ella cada Acreedor luego que estuviesse pagado su proximo Acreedor anterior, pues para ello no necessitaba de instrumento nuevo, sino solo de la sentencia.

123. Y siendo sabidor de dicha sentencia, como lo fue, y de su grado, y aviendo tenido paciencia, y consentido que los Acreedores posteriores ayan cobrado los principales de sus tributos de los efectos del desempeño, como consta de las notas referidas de sus redempciones, y fundado como queda que se le hizo tradicion de dichos efectos mediante la cession del *ius in rem*, que se le transfiriò por dicha sentencia, perdiò el derecho de las decursas de dicho tributo por no aver cobrado su principal, quando debiò, y pudo, como queda fundado *ex num.*114. y assiste à Sevilla la doctrina del señor Salgado *in laberynt. d. 1.p. cap.*18. *num.*26. *& 27. in fin.* que queda referida en el num. 113. ibi:

*Quia*

*Quia tunc, eo ipſo quod per eundem creditorem ſteterit recipere bona cõſignata, extinguitur prior obligatio, & cenſus de cætero redditus non currunt, ſed potius ceſſant.*

124. Y conſiguiente ſe halla Sevilla, aver quedado extinguida ſu primera obligacion en dos maneras; la vna, en qnanto al principal de la deuda, mediante la excepcion de paga que queda fundada por la conſignacion de los efectos referidos que ſe hizo por dicha ſentencia; y la otra, quando eſta no ſubſiſtiera, como ſubſiſte, ſe halla, no ſolo Sevilla libre de pagar los reditos que ſe le piden, ſino tambien los miſmos efectos del deſempeño por la omiſsion de no aver cobrado dicho Colegio el principal en ſu lugar, y grado, quedandole apenas el recurſo contra los Acreedores poſteriores q̃ eſtàn pagados, y reſpecto de eſto tambien, no obſtar no averſe notificado perſonalmente los autos del dicho ſeñor Juez del deſempeño en los años de 40. 41. y 42. pues aun los edictos, y pregones que entonces ſe fixaron, y dieron eſtuvieron de màs: porque deſde la ſentencia quedo hecho ſaber à todos los Acreedores el *ius in rem,* para poner cobro en el principal de ſu tributo luego que llegaſſe el caſo de ſu grado, que quedò de cuenta de cada vno ſolicitar per ſe, y atender. Y ambas ſon excepciones legitimas que ſe pueden oponer contra la coſa juzgada, y impiden ſu execucion en virtud de los nuevos inſtrumentos que deſpues della ſe han preſentado, como ſe fundarà.

* 125. Que eſtos nuevos inſtrumentos ſe preſentarõ deſpues de la ſentencia, y executoria, conſta de los miſmos autos, ſiendo la cauſa, no aver podido deſcubrirlos antes, ni preſentarlos, aver eſtado mas ha de 40. años por olvido, ò deſcuydo de los Juezes del deſempeño, y aun de los Capitulares, retirados todos los papeles del deſempeño, y de ſu eſcrivania en vna ſala de las caſas de la Lonja deſta Ciudad, donde vn Juez del deſempeño los mandò guardar por accidente del Eſcrivano del deſempeño, ſin hazer cargo à perſona alguna dellos, ſino dexando ſu cuſtodia à merced del Alcayde de dicha Lonja, para que los tuvieſſe alli, donde con el motivo deſte pleyto ſe traxeron à hora 18. cargas dellos à la Contaduria de la Ciudad, y por las diligencias que ſe hizieron en ſu extraccion, y recogimiento (q̃ aſsimeſmo aora ſe han preſentado) conſta aver en dicha ſala diverſos traſtes amontonados, y eſtar dichos papeles ſueltos ſobre vnas tablas, y en vn eſcaparate ſin cuſtodia alguna de llaves, y todos deſordenados, y interpolados cõ otros muchos papeles tocantes à la eſcrivania del contrabando, libres vnos, y otros à qualquiera perſona que con cuydado por ſu interes particnlar, ò ſin èl, los pudieſſe aver diſtraydo para vſar dellos como papeles deſpreciados (que aſsimeſmo parece en el Memorial al n. 38.)

126. Y eſta excepcion *de novis inſtrumentis repertis,* generalmente

te es modificativa, y puede oponerse contra la cosa juzgada al tiempo de su execucion, y debe ser precisamente admitida, y la rescinde, *l. si à te. l. 2. & l. si mater de except. rei iudic. l. 1. Cod. de re iudic.* ibi: *Rebus quidem iudicatis standum est, sed si probare poteris eum qui condemnatus est, id quod furto amisisse videbatur, recepisse, adversus iudicati agentem doli exceptione opposita, tueri te poteris. & argum. ex l. si fullo in princ. de condiction. sin. caus. l. in commodato. §. fin. ff. commodat. l. 2. §. fin. ad l. Rod. de iact. l. eleganter. §. si quis post. l. Iulianus de cōdict. indeb. l. 19. tit. 22. p. 3. verb. Y aun decimos. & ibi glos.*

127. Y esta es comun doctrina en los Autores antiguos, *sup. d. l. 1. Cod. de reiudic.* Barc. Bald. Salicet. Boer. en sus decisiones aureas, *decis.* 307. Socin. *de reg. iur. reg.* 135. y de los modernos, D. Valenç. *cons.* 40. Surd. *cons.* 263. *lib.* 4. *à num.* 14. D. Salg. *de protect. Reg.* 4. *p. cap.* 7. *num.* 117 *ad* 123. D. Amaya *in l. vnic. Cod. de sentent. advers. fisc. retractand. num.* 19 Carrasco de Paz *in tract. vtrum in integr. restitut. locum habeat ad vers. sentent. reuis. n.* 52. donde dize, q̃ esta excepcion *de nouis instrumentis repertis*, es tan legitima que favorece generalmente à los maydres contra la execucion de la cosa juzgada por razon de equidad, y à los menores por razon de lesion, y que no es de las excluìdas por la ley 4. del tit. 17. lib. 4. de la nueva recopilacion referida; y dize lo mismo Garc. *de nobilit. glos.* 6. §. 2. *num.* 16. *& seqq.*

128. Y Fontanell. *decis.* 175. trata latamente esta question vtrum si por la repersion de nuevos instrumentos se pueda suspender, y modificar la cosa juzgada, y en la decision 176. dize, que asi lo juzgò el Senado, y da la razon en la decision 177. desde el num. 8. diziendo *in num.* 11. que era cõtra el derecho natural, y positivo discurrir, que porque se intermediasse la cosa juzgada, no pudiesse el grauado por la sentencia defenderse della por los instrumentos q̃ despues hallò, ò para no pagar, ò para que se le restituyesse lo que pagò indebidamente.

129. Y si *per noua instrumenta reperta*, se modifican las sentencias passadas en autoridad de cosa juzgada, y se restituye lo pagado indebido, mucho mejor se debe modificar, y templar la via executiva, y embargo de bienes en que se està procediendo aora, oyẽdo primero à Sevilla en esta legitima excepcion, antes de passar al grauamen, y rigoroso de lo executiuo, siendo la razon concluyente: porque si por la presentacion de nuevos instrumentos ay accion para repetir lo indebido, q̃ es lo mas, es lo menos modificarse, y suspenderse la sentencia, y su execucion por esta excepcion para la paga, cum facilius conceditur retentio, quam actio, *l. per retentionem, Cod. de vsur.* à que ayuda el vulgar axioma de Ovidio, *trist. lib.* 5. *eleg.* 7.

*Turpius eijcitur quam non admititur hospes.*

Que tambien se repite *in cap. Quemadmodum. §. Alioquin de iur. iurand.*

*iurand.glos.in cap.per vestras.verb.ad inopiam de donation.inter virum,& vxor.* y exorna Tiraquel.*de iur.constit.p.3. limit.7. num.43.* Surd.*de aliment.tit.7.q.17.num.41.& cons.174.num.13.* y otros muchos Autores, & cui damus actionem,multo magis exceptionem , dixo la ley *quaeritur,& seq.de re iudic.*

130. Y aunque se ponderaron de contrario en oposicion de lo referido,*l.admonendi de iur.iurand.l.sub pretextu. Cod. de transaction.& l.sub specie.Cod.de re iudic.* cuyas soluciones constan en ellos mismos,y sus glosas , y deben entenderse tambien de aquellos instrumentos injustificados , y friuolos , opuestos solo para dilatar la execucion de la sentencia, *ex d.Clementin.vt calumnijs de re iudic.* pero no de los legitimos,y verdaderos,cuya excepcion es general para todos ; se omitiò la ley *Imperatores* 35. *de re iudic.* en la qual aunque al principio excluye la excepcion *per noua ~~reperta~~ instrumenta reperta* ( que debe entenderse como queda dicho) exceptua à la Republicas,ibi: *Tamen in negotio publico ex causa permitere huiusce modi instrumentis vti.* donde la glos.verb. *in negotio publico,* lee,*in Republica,* conq̃ compete à Sevilla iure proprio, & speciali esta excepcion de nulidad contra la cosa juzgada,que tiene deducida con los nuevos instrumentos presentados , que no esta derogada por la ley 4.de la nueva recopilacion referida.

* 131. Ademàs de que quando no le compitiera à Sevilla esta expressa excepcion iure proprio , tambien le competen los Priuilegios del Fisco. D.Amaya *in d.l.vnic.Cod.de sentent.advers.fisc. retract. num.* 15.18.& 36.que *per noua instrumenta reperta,* puede oponerse à la sentencia,y cosa juzgada que huviere contra èl,*d.l.19.tit.22. p.3.* ibi: *Fueras ende si el juyzio fuera dado contra el Rey,ò contra sus personeros , ò en pleytos que perteneciessen à su Camara, ca entonces si fuessen halladas tales pruebas,bien puede vsar dellas para desfacer el juyzio , que contra èl se huviere dado.* Y lo mesmo se halla *in l.15.tit.11.ead.p.3.* ibi: *Fueras ende si el pleyto fuesse del Rey , ò perteneciesse comunalmente à todo el Reyno.* Torreblanc.*iur.spirit.d.lib.15.cap.12.num.92.* Carrasc.*in d. tract.vtrum restit.loc.habeat contr.sentent.reuis.ex num 50.ad 52.* D.Amaya *vbi sup.* Garcia *de nobilit.d.glos.6.§.2.num.5.& seqq & 23.*

132. Para cuya prueba es menester retroceder la memoria à la antiguedad,y buenas letras , en que se halla que la ley del Emperador Romulo,se llamò Regia,porq̃ contenia tocaba al Senado la creacion de los Reyes,la qual parece se promulgò el año ab vrbe cõdita de 729. segũ Dionis.Halicarnas,*lib.53.de Repub.Roman.* y se tuvo por revocada despues por falta de vso, ascẽdiendose à los puestos por los grados del trabaxo,y meritos,como se lee de Augusto Cesar,que aunque desseaba el Imperio,solicito primero ser Consul,como lo fue 10.años,passò despues à Censor Tribunicio , que era cargo superior perpetuo que

mira-

miraba averse transferido en èl por el pueblo Romano ius omne belli & pacis,como lo sintiò assi Sueton *in Caligul.cap.26. & 27.* Strab.*lib.* 15.D.Amaya *observat.lib.1.cap.1.ex num.12.*D.Covarr.*practicar.cap.1. num.2. cum seqq.* ascendiendo despues à la Magestad Imperial por 10. años, que se fue prorrogando despues por mas, y vino à parar lo Monarchico en successible, como se lee latamente en los Autores referidos; y esta potestad en Augusto Cesar se radicò, aviendo intentado con vozes exteriores (aunque queriendo lo contrario) abstraerse dentro del Senado de la potestad absoluta que le avian dado, y le obligaron à que èl solo la tuviesse,y se la confirmarõ; ita Suet. *in Caligulam,d.cap.*15.Dionis.*d.lib.*53.ibi: *Porro Augustus cum alia,quæ ad Imperium pertinerent,maiori iam studio, quippè cum id vltro esset oblatum,egit.* Y de aqui parece derivado levantar el Pendon todas las Ciudades por el Rey que succede,como aclamacion, y aprobacion de su Reynado,y assimesmo el recebir en los Cabildos, y Ayuntamientos,y dar el vso al nuevo Governador,ò Corregidor.

133. Augusto Cesar despues de aver obtenido el Principado quitò aquellos dos Erarios que avia antiguos, que vno era del Patrimonio proprio,que tenia como particular, que se llamaba *Fisco*, que se componia de las Dehesas, Bozques, ganados, donaciones que hazian al Principe,legados,herencias,y cosas caducas,*l.1. & tot. tit.Cod. de fund.patrim.lib.*10.& ibi Acurs.Bart.Cuiac.& alij. Y el otro era de lo que tocaba al pueblo para las necessidades publicas,y su conveniēcia,Lamprid.*in Diadumeno,* que era donde se juntaba lo procedido de las contribuciones de las Provincias, y de otros diversos tributos,como se colige,*ex l.inter publica* 17,§.*fin.de verb.signif.* vbi Cuiac. y por no bastar para ello los mando juntar. Pero los Emperadores successores los bolvieron à mandar dividir como estavan,que parece alude en el tiempo presente à la separacion que se haze de las rentas Reales, aplicando parte à nombre,ypara la causa publica,y otra para pagar las cargas que aquellas tienen,y ambos Erarios quedaron con el nombre, y privilegio de *Fisco,Camara,y Hazienda Real*, *l.Fiscus 6. in fin. Cod.de iur.Fisc.lib.*10.*l.2.§.hoc interdictum,ne quid in loc.public.l.1. & 2.Cod.de offic.Comit.rer.priuatar.l.39 §.fin. de legat.* 1. notant Accurs. *in rubr.de priuil.dom. August.*& Cuiac.*in d.l.6.*D.Amaya *in tit.de iur.fisc.num.*14. *cum seqq.& num.*21.D.Solorçan.*de iur.Indiar.lib.1.cap.16.à n.*44.

134. Despues del Reynado de los Godos, y perdida de España, aviendola buelto à conquistar sus successores de los Moros, despues de mas de 800.años,vt refert D.Covarruv. *practic. d. cap.1. num.*7.y à esta Ciudad el señor Rey San Fernando,le diò à Sevilla, y sus successores terminos señalados de jurisdicciõ, y diferentes possessiones, para que fuessen Proprios suyos,y gozasse de lo redituoso dellos, como alimen-

mentos para la pro comunal, à que atendiò la ley 9. tit. 28. p. 3. ò como dote para mantener lo meneſteroſo, y cargas de la Republica, y con ſimilitud al Erario publico referido, que era, y ſe diſtribuìa en el Pueblo Romano, y Provincias à èl ſugetas, como queda dicho, pero no para poder gravar, ni enagenar ſu propriedad, aunque ſe le concediò por el ſeñor Rey Don Fernando el 4. biſnieto de dicho ſeñor Rey S. Fernando (que no le tiene otra Ciudad) como conſta en el libro de ſus Ordenāças *en el tit. del Cabildo, y Regimiento*, para q̃ pueda diſponer de ellos, eſto es, de lo redituoſo à ſu voluntad, ſin eſtar Sevilla obligada à dar quentas de ſu diſtribucion, que eſtà confirmado haſta el Reynado del ſeñor Felipe Segundo, que ſucediò ſu quiebra, y quedò ſuſpenſo, haſta que ſe acabe ſu concurſo, y a cargo del Juez de ſu deſempeño ſu intervencion, cuenta, cargo, y data de ſu diſtribucion, ſin poder ningun Juez de reſidencia entrometerſe à tomarla de dichos Proprios, ſino dicho Juez del deſempeño, como en opoſicion à eſte intento con dicho Juez de reſidencia, y controvertido con el Fiſcal del Conſejo ſe diò deſpacho en 2. de Iulio de el año paſſado de 1680. para que dicho Juez de reſidencia no ſe entrometieſſe con la cuenta de dichos Proprios.

135. De que ſe prueba, reſpecto de la conquiſta referida, ſer los Proprios de Sevilla, y reputarſe como bienes de la Camara, y Real hazienda, aunque vinculados ſus frutos, y vſo para la pro comunal ſuya, en tanto grado, que como el que hurta bienes agenos ſolamente tenetur de furto, y el que hurta bienes del fiſco tenetur lege Iulia peculatus; de la miſma manera tenetur el que hurta bienes de Ciudad, ò Republica. *l.* 4. § *fin. ad l. Iul. peculat.* y ſer los que al preſente tiene los miſmos antiguos, que tenia al tiempo de ſu quiebra, que ſe juſtifica por la certificacion del Contador del deſempeño à foj. 44. del pleyto (que por deſcuydo no eſtà notada en el Memorial) y que eſtos le fueron reſervados en la ſentencia de Domingo de Zavala para ſus alimentos, y gaſtos que en ella ſe refieren, ò por neceſsitar de los 19. qs. que entonces redituaban para cumplir con ellos, ò porque ſiendo daſion deſde ſu conquiſta de los ſeñores Reyes, como vinculados en orden à eſte fin, no podian convertirſe en pago de obligacion alguna à que Sevilla los huvieſſe obligado, ni averſe podido dar facultad para ello, ni poder ſubſiſtir eſta, reſultando ſer en perjuyzio del animo de los que los dieron, y de Sevilla, ſu pro comunal, y vezindad para quienes fueron conſignados.

136. Y eſto ſe prueba aſsimiſmo de la meſma ſentencia, pues ſolo ſe mandaron vender, y conſignaron para hazer pago à ſus Acreedores los nuevos Proprios q̃ en tiempos paſſados avia cōprado, y adquirido Sevilla, quando eſtava en ſu opulencia, y otros que para Pro-

prios tambien ſuyos, y para paſſo à ſu Real mano las cantidades que ſobre ellos tomaſſe, le avia dado ſu Mageſtad pocos años antes de ſu concurſo en las Villas referidas del Maeſtrazgo, y ſus rentas, y en juros de Alcavalas, y Almoxarifazgo, y otros efectos, que todo componia caſi 250U. ducados de renta, como ſe refiere en el Memorial al num. 20.

137. Y vltimamente convence lo referido la miſma razon natural, que es la caſa ſolariega de la ley, por la qual dixo Cicer. *pro Milone: Quam non accepimus, non legimus, ſed hauſimus: non docti, non inſtituti, ſed imbuti ſumus.* Pues como cabe en ella, que el Juez del deſempeño, que mandò: *ſe pagaſſe eſte tributo de las Alcavalas de la Villa de Eſcacena* (que ſon Proprios deſta Ciudad, aunque no finca eſpecial de eſte tributo) *y de todas las rentas, y efectos de dichos Proprios, y de los que eligieſſe dicho Colegio,* ni que el Juez del deſempeño tambien que aora la executa, aquel entonces teniendo preſente ſu miſma comiſsion, y eſte aora antes de executarla, aviendoſele preſentado la ſentencia de Domingo de Zavala, no debieſſen atender, para abſtenerſe vno, y otro demandarlo, y executarlo, que con los Proprios que à Sevilla entonces ſe le aplicaron, que ſe computaron por 19. qs. poco mas, ò menos de renta para ſus alimentos, y gaſtos de ſu Republica, no podia pagarſe, ni entenderſe quedar obligado à vn miſmo tiempo vn miſmo monto para la ſatisfacion de los 19. qs. 426U. 379. mrs. que en dicha ſentencia de graduacion ſe refiere ſe debian, y avian de pagar los 253. Acreedores que quedaban deſcubiertos, y ſe refieren en dicha ſentencia, dexando impoſsible, y confundida la redempcion de los principales, que es el vnico fin de los concurſos? como queda dicho n. 109.

138. Principalmẽte quando los arbitrios q̃ en dicha ſentencia de graduacion ſe inſinua aviã de ſervir, y ayudar para lo miſmo, eran inciertos, y à merced del Rey ſu conceſsion. De que concluyentemente ſe convence, que el reſiduo ſolo del valor de dichos Pròprios deſpues de los gaſtos que Sevilla neceſsitaſſe, quedaron afectos à ſus Acreedores, con los demàs que ſu Mageſtad fueſſe ſervido conceder, en que para prueba deſto es tambien de advertir, que Sevilla libra por ſi en ſus Proprios, y no puede en los efectos del deſempeño, y el Juez del deſempeño, ſolo puede en eſtos mandar, y librar, y en los Proprios no mas que intervenir con èl decreto de *Pagueſe* en lo bien librado, y no deberſe, ni poder executar, ni embargar las Alcavalas de la Villa de Eſcacena, ni los Proprios que eligieſſe dicho Colegio, como por dicha ſentencia del Juez del deſempeño ſe mandò, la qual en el Conſejo no ſe huviera confirmado, ſi en los autos eſtuviera preſente la ſentencia de graduacion referida, y eſtandolo aora por averla hallado deſpues de la ſentencia, y opueſtoſe por excepcion contra ſu execucion iure pro-

prio

prio ordinario *per d. l. Imperatores de re iudic.* ò por gozar de los mismos Priuilegios del Fisco *per d.l.19.tit.22.p.3.* la impide como exception modificativa, y impeditiva, que no està excluida *per d.l.4.recopil.* convenciendo assi tambien su inteligencia la razon natural mediante lo decidido por dicha sentencia de graduacion, q̃ es la generacion, cuerpo, alma, y mente de la ley, *ex d.l.non dubiam, Cod.de legib.d.l.scire opport. §.illud de excusat.tutor.l.quod contra de leg.Senatusque Consultis,* ibi: *Quod verò contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

* 139. Compete assimesmo à Sevilla el auxilio, y recurso extraordinario de la in integrum restitucion, que intẽtada, y pedida por ella contra la cosa juzgada suspende su execucion, sin embargo de la ley 11.tit.17.lib.4.recopil.referida, y desto son los textos conocidos, y lo es *l.1.Cod.de offi.eius qui vicem alicuius*; porque como eruditamente dize Torreblanc.*iur.spiritual.d.lib.15.cap.12.ex num.106.ad 11.*& precipuè *num.109.* la in integrum restitucion que alli se prohibe, es la general que se pide solo *ratione fragilitatis,* pero no *ratione læsionis*; y la ley 11.referida, aunque sea, ò parezca general, tiene interpretacion restrictiva, ne indebite quis damnum patiatur, nec conferat in se vllum damnum, vel defectum rationis, D. Castill. *controvers. lib. 3. cap. 3. num.70.& seq.*

140. Porque dexar permitida la lesion era contra la ley Diuina, y natural, que no puede ser ex dd. y quando ay lesion es regularmente atẽdida de todos los DD.*ex glos.singulari,* que assi la llama Rodriguez *de executionib.cap.6.num.7.in l. si postquam liti, Cod. de pact. verb. nulla ratio,* enque se halla, que vn menor renunciò el derecho que tenia en vn pleyto, y se diò sentencia en favor del contrario, y dudandose si podia bolverlo à suscitar, dize dicha glossa, que *iure generali* de menor no puede, pero que puede *iure speciali læsionis.*

141. Esta question *vtrum restitutio in integrum locum habeat,* y impida la execucion de la cosa juzgada, la tocò Otalora *de nobilit.3.p. cap.6.* y D. Salg.*de protect.reg.4.p.cap.7.num.38.* y aprobandola se remite à Garcia *de nobilit.d.glos.6.§.2.ex num.17.ad 22.* diziendo, que omnino videndus, porque la toca admirablemente, el qual dize despues de referir los fundamentos de ambas opiniones, que obtuvo en su tiempo sentencias en fabor, y contra, *quia tot capita, &c.* y que vnos dezian, que impedian la execucion, si constavan luego, ò brevemente las causas; otros, que aunque requiriessen mayor conocimiẽto; y otros, sino eran friuolas, ò maliciosas, *ex d.Clement. vt calumnijs de re iudic.* exclamando *in num.31.* contra la diversidad de opiniones, ibi: *Videas quam in misera disciplina versemur, in qua ex eodem textu duæ omnino contrariæ, & ex diametro oppositæ sententiæ prodiantur.*

142. Y concluye *in num.22.* diziendo, que respecto de que la in integrum restitucion se equipara à la apelacion, y interpuesta esta, se suspẽde la execuciõ, *l.Præses de minorib. l.si causa cognita de transaction.* de essa misma manera aviendose pedido la in integrum restitucion, se suspendia la execucion de la sentencia, *optim. text. in l. defendente penult. de authorit. tutor. l. 1. Cod. in integrum restitut. postul. nequid nou.fiat.* ibi: *Postulata in integrum restitutio omnia in suo statu esse debere.l.2. tit.25. p.3.* ibi: *Otrosi dezimos, que mientras durare el pleyto de la restitucion, que non debe ser fecho ninguna cosa nueva en èl.* Y no distinguiendo, como no distingue, si esto se debe entender tambien contra la cosa juzgada que suspende su execucion, nec nos distinguere debemus, *ex vulgata l. de prætio, Cod. de publican. & vectigal.* porque las leyes que no hablan contra el derecho comun, ni se oponen à èl, son entendidas literalmente, *l.1. § generaliter de legat. præstand.*

143. Y tocando esse vltimo punto, y el antecedente, idem Garcia *in n.26.* y si tienen equiparacion la nulidad, y la in integr. restituciõ và disputandole latamente hasta el fin del mismo *§.2. d.glos.6.* y mẽcionando la Clementina, *vt calumnijs*, y su glossa, ibi: *Fallit, si nullitas sit euidentissima*, y mas adelante, ibi: *Item, non fiet executio si adsit prompta probatio nullitatis*, y el capitulo *Suscitata de in integr. restitut.* y mucho numero de textos, y Autores, que asimesmo la disputan, y aqui no se transcriben, por no dilatar este informe, remitiendose al mismo Garcia *in d.glos. § & n.n.* y en especial *num.32. y* 34. donde concilia sus opiniones, diziendo, que los que asintieron à que por el remedio intentado de la in integr. restitucion no se suspendia la execucion de la cosa juzgada, era en caso de ser maliciosa, y para dilatar solo el fin de su execucion, como se entiende *d.Clement. de re iudic.*

144. Comprobandolo tambien *cum d. cap. Suscitata de in integr. restit.* en que parece, que aviendo seguidose pleyto entre vn Obispo, y vn Monasterio, quedò este vencido, y para suspender la execucion de la sentencia se valiò de pedir la in integr. restitucion, y consultado el Pontifice sobre su suspension, reconociendo, que la sentencia dada en favor del Obispo tenia alguna malicia en lo substancioso de la justicia, y que se le gravaba al Monasterio en su execucion, ibi: *Ne ve Monasterium per executionem sententiæ PROPTER DIVERSAS SVSPITIONES incurreret detrimentum*; y tambien atendiendo à que parecian maliciosas las causas en que se fundaba el Monasterio, y que por ellas no se le siguiesse perjuyzio al Obispo en la suspension della, ibi: *Ne verò per EXCOGITATAM MALITIAM (sicut ex præsumptionibus pluribus videbatur) effectum sententiæ in damnum Episcopi contigerit impediri.* Dudoso el Pontifice entre las presumpciones de malicia, y movido sin duda de que conforme à derecho no podia executarse la sentencia

inten-

intentado el recurso de la in integrum restitucion,y que tambien cõforme à derecho debia executarse la sentencia que passò à cosa juzgada,tomò el medio de la equidad,ibi: *Nos æquitata pensata*,y decidió se executasse la sentencia (que era lo que tenia expressiõ) afiançando el Obispo, no solo la restitucion de lo que percibiò, sino tambien lo que mientras se disputaba sobre la in integrum restitucion se le huviesse seguido de vtilidad,y le concediò al Monasterio.

145. De cuya decision se prueban en favor de Sevilla tres cosas; la vna, que la in integrum restitucion pedida, no siendo friuola, ò maliciosa suspende la execucion de la cosa juzgada; y la otra, que en caso de duda,si es maliciosa, ò no prevalece su execucion por estar la sentencia expressa, y la malicia presumptiva,ibi: *Excogitatam malitiam*,y la vltima,que si la sentencia,y cosa juzgada à fortiori fuera exequible sin poderse suspender su execucion mediante las legitimas excepciones que se le opusiessen, ò pedidose contra ella la in integrũ restitucion,no debia executarse con el gravamen de la fiança.

146. Conque aplicado lo referido al caso presente debe suspenderse la execucion de la sentencia,y cosa juzgada contra Sevilla, mediante la in integrum restitucion pedida contra ella ante el Iuez, que quiere executarla, porque como queda fundado no ay, ni puede aver presumpcion de que sea friuola,ni maliciosa, respecto de que ex ipsis mactactis, y de la sentencia de graduacion presentada consta el agravio,y injusticia de la sentencia que contra ella diò el Iuez del desempeño,y siendo entonces esta notoriamente injusta, ex dd. no puede aora ser exequible,no solo *ex æquitate*, sino *expresso rigore iuris,d.l.defendente penult.de authorit.tutor.*,y los demàs q̃ quedan citados n.142. y assi debe entenderse lo que dize D.Covarr. *pract.d. cap.25.ad fin.*de q̃ no suspende el remedio de la in integr.restitucion la execuciõ de la cosa juzgada,porque esto es en caso que es intentada maliciosamẽte.

147. A que se llega,que si los Proprios de Sevilla se consideran bienes de Mayorazgo,como sin violencia alguna se pueden considerar,porque el Rey es padre de todo su Reyno, y assi le nombran todas buenas letras ( que se omite referirlas brevitatis causa ) y todas sus Ciudades,y Republicas son sus hijos, en quienes estàn fundados diversos Mayorazgos,cuyas rentas se componen de los Proprios que les fueron aplicando los señoresReyes,y vinculando para alimentos,perpetuidad suya, y conservacion de sus Republicas, y vassallos que las componen,que se prueba de ser Proprios solo para su vso, y vsufructo,pero no para su enagenacion,nos ponemos mediante la disposiciõ general de la *ley nam ad ea.l.neque leges de legib.* en la disputa del señor Molina *de primog.lib.3.cap.13.ex num.63.ad 65.* Vtrùm,si la in integr. restitucion se le debe conceder al menor por lesion,y falta de prueba

contra la sentencia de possession, que se le diò à otro de los bienes del Mayorazgo que èl litigaba, y en que fue vencido, donde *in num.65. ad fin.* aunque le concluye problematicamente dize lo siguiente: *Quibus adijcitur grauissimum esse absque lege, atque iuridico fundamento, minorem à remedio restitutionis in causa possessoria tam grauis periuditij excludere: præsertim cum illa de possessorio habente causam proprietatis annexã agatur. In quo omnia illa quæ in causam proprietatis admituntur, admitenda sunt.*

148. Pero D. Covarr. *practicar. cap.17. num.4. vers. Sextum,* & eius Add. *ibid. n.13. in verb. tametsi minor.* llevan, que el menor leso in iudicio possessorio debe ser restituido sobre la lesion que tuviere, y lo mismo P. Molin. *de iust. & iur. tract.2. disp.638. num.9.* Gutierr. *practicar. lib. 2. q.* 88. y otros que citan. Y estando como à estado Sevilla en el dominio directo, y vtil de sus Proprios desde que le fueron aplicados, y vinculados por los señores Reyes, y asimesmo en la possession de su vso, y vsufructo para solo sus alimentos, y gastos de su Republica, à que aun no alcançan; y tambien despues de su concurso, y sentencia de graduacion, sin que pueda aversela interrumpido la clandestina disposicion, y maña de aver cobrado dellos dicho tributo el dicho Colegio desde el año de 56. aviendose dado contra ellos la sentencia referida por el Juez del desempeño (aunque se confirmasse) y omitidose la prueba que pidiò repetidas vezes, formando sobre ello articulo, como queda ponderado, y no decididose sobre ella, y seguidosele à Sevilla evidente lesion, que queda justificada, debe tener lugar, y admitirsele la in integr. restitucion que tiene pedida, la qual no se excluye *per d. l.11. nou. recopil.* en la generalidad de su prohibicion, sino es quando la pide *ratione generali fragilitatis,* pero no *ratione speciali læsionis,* como queda fundado num.139. ni debe entenderse asi en los privilegiados, no expressandolo la misma ley, como era preciso, *l. Decurionibus, Cod. de silentiar. lib.12. l. sciendum, vbi glos. in princip. & communiter scrib. qui satisdar. cogant. cap. coram, & ibi glos. de in integr. rest.* D. Molin. *de primog. d. lib.3. cap.13. n.65.*

149. Y quando estuviesse dudoso si la in integrum restitucion se entiende excluìda en todos casos *ratione fragilitatis, aut ratione læsionis,* y omision de prueba, bastaba lo opinable solo, para ser admitida Sevilla, y oìda sobre ella, porque en lo dudoso deben ser favorecidos los privilegiados, d. P. Molin. *vbi supr.* Marescot. *variar. lib.2. cap.98 num.6.* Cyriac. *tom.2. controvers.268. n.28.* Sfort. Odd. *de restit. p.1. q.15 art.6. num.44.* Gutierr. *practicar. lib.3. q.31. num.4.* Add. ad D. Molin. *vbi supr. num. anteced.*

150. Y si al Regidor ratione dignitatis le compete la in integr. restitucion en las causas criminales por causa de lesion, ò falta de

prue-

prueba para su defensa, *ex l. Diui fratres. de pœnis*, *l.4. tit.* 30. *p.* 7. D. Amaya *in l.vnic.de sentent.ad vers.fisc.retract.ex num.*32.*ad* 37. mucho mas à Sevilla, aunque sea este litigio civil debe competir, respectu maioris dignitatis, y de la comun, y publica vtilidad.

* 151. Compete à Sevilla tambien la sentencia de graduacion passada en autoridad de cosa juzgada de Domingo de Zavala, que obtuvo, assi Sevilla, como dicho Colegio, y todos sus Acreedores, para no deber ser exequible la que aora se pretende de contrario lo sea, siendo como es por vna misma cosa, sobre vn mesmo derecho, y à vn mismo fin, y quedò por cosa juzgada para todos, dandole à cada vno de los colitigantes el derecho que les tocaba. *l.si servus.*§.*si hæreditatis.vers.& cum ius delegat.*1. Rota Rom. apud Farinac. *decis.* 78.*num.*1.*tom.*1.*p.*1. Y no solo no es contra la *ley* 4.*tit.*17.*lib.*4. *recopil.* referida esta defensa, sino que puede fundarse tambien en ella; porque si lo mandado por dicha ley fue en orden para que tuviessen fin los pleytos; el litigio presente le tuvo en la sentencia de graduacion dada por dicho Domingo de Zavala, y por la aprobacion entõces de su Magestad, y su Consejo, repetida hasta aora en todos los despachos, que se han dado à los Juezes del desempeño, y que quedò consentida por sus Acreedores.

152. Y siendo dicha sentencia, y quedado passada en autoridad de cosa juzgada, aunque de contrario se quiera suponer es cosa juzgada la de que quiere aora valerse. Ademàs de ser vna expressa contravension à su mismo hecho, y derecho adquirido à su derecho en el grado 15. de su concurso *res iudicata contra rem iudicatam non tenet. l. res iudicata* 1. *de re iudic. l. res iudicat. de reg. iur. l. si non sortem.* §. *hæredi de condict. indeb.* DD. *in cap.sub orta de re iudic.l.*15.*tit.*11.*p.*3.ibi:*Valdria el que primero fuesse dado, y no el segundo. l.*13.*tit.*22.*ead.p.*Bart.*in d. l.si Prætor.* §.*Marcellus de iudicijs.*Mascard. *de probation.conclus.*1269.*à num.*14.Surd.*decis.* 170. *num.* 15. *& decis.* 289.*num.*1.*& consil.*91.*num.*2.*& consil.*106.*num.*13.Card.Tusc.*tom.*6. *litter.R.conclus.*267.

153. Y el señor Gregor.Lopez *in d.l.*13.verb.*Non vale el segundo*, lo extiende aun en caso en que ante otro Juez, ò instancia se huviesse dado la segunda sentencia, q̃ como dada contra notorium no vale, y es iniqua, *ex cap.inter cætera de re iudic.*y dà la razon, diziendo: que contra lo notorio no es menester vsar de remedio rescissivo, porque per se es nulo. Y la notoriedad de la sentencia, y cosa juzgada de Domingo de Zavala, por su misma comission le constaba, & proprio officio suo al Juez del desempeño, para no aver dado la sentencia absoluta q̃ pronunciò contra sus Proprios, que la constituyò en nulidad tan legitima, por nacer, originarse, y producirse, *ex ventre ipsius met instrumẽti,*

*ti*;hoc est,de lo contenido en su misma comision, facultad, y regla, que por ella se le daba; para que pagasse la cantidad de la escritura presentada en los mismos autos del residuo de dichos Proprios, y efectos del desempeño; que impide la execucion de la sentencia. D. Salg.*de reg.protect.p.4.cap.*13.*num.*50.

154. Y lo mismo sucede, si la excepcion se funda sobre lo juzgado,y sentencia dada en ello, como la presente, q̃ se diò por el Juez del desempeño,en virtud de su comision, y de la escritura presentada. Y à la manera que se puede apelar de no admitirse esta excepcion, y haze fuerça el Iuez que no la admite,excede el Iuez que no suspende su execucion. D.Salg.*de reg.protect.p.*4.*cap.*7.*num.*99.*& seqq.* Marescot.*variar.resol.lib.*2.*cap.*121.*à num.*33. porque como la cosa juzgada es exequible,respecto del Actor,lo es tambien la excepcion legitima opuesta,respecto del Reo para impedir su execucion.Seraphin.*de iur.priuileg.*77.*sub num.*31.Giurb.*decis.*113 *n.*7.*& seq.*Gratian.*discept.* 175.*num.*25.*& seq.*

155. Y no solo no subsiste la cosa juzgada contra otra cosa juzgada,sino que no vale la transaccion que se hizo despues de la cosa juzgada contra lo contenido en ella, y se puede repetir lo que en virtud de la transaccion se huviesse executado cõtra ella, *optim.text.l.eleganter.§.Si post rem iudicatam de condict.indeb.*porque como la transaccion tiene similitud, y fuerça de cosa juzgada, aunque rigorosamente no lo sea, basta su verosimilitud, para que no pueda produzir efecto alguno contra la cosa juzgada.

156. Contiene assimesmo nulidad,porque no es sentẽcia.*l.vnic, Cod.de sentent.ex pericul recitand.d.Clement. Pastoralis.* §.*Vt igitur de re iudic.*y como sentencia que no lo es, ni pudo darse contra la primera, es;y se tiene por injusta,y no passa à cosa juzgada,*d.l.*4.§.*condemnatum de re iudic.d.cap.inter cætera de re iudic.*Surd *decis.*260. *n.* 30. A que se llega el excesso en que incurriò tambien el Iuez; que sin causa nueva diò la sentencia referida contra dichos Proprios contra la cosa juzgada primera, por lo qual no se necessitaba de oponerse como excepcion;porque per se es nula,sin averse necessitado apelar della. *l.*1.*Cod. quand.provocar.non est neces.d.l.*1.*Cod.sent.rescind.non poss. cap.ei qui.*§.*difinitiua* 2.*q.*6.D.Salg.*de reg.protect.*4.*p.cap.*6.*num.*62.*& seqq.& num.* 106.108.*ad* 113. cum plurimis quos refert.*Nec tribuit ius, nec censetur quid ex ea factum.* Azevedo *in d. consil* 23. *num.* 26.*&* 39. Escobar *de ratiocin.cap.*38.*n.*7. *& seq.*y en lo demàs q̃ và fundado *ex n.* 13.*ad* 23.

157. Y esto es en tanto grado, que aunque el Principe huviera confirmado,ò aprobado esta segunda sentẽcia,no podia subsistir,sino es diziẽdo,y expressando no obstãte la primera, y todas las nulidades q̃ contuviesse. Vant.*in tit.qualit.sent.null.reparar.poss.n.*24. *fere per tot.*

Sin

158. Sin que obste à lo referido, si de contrario se quisiesse dezir que perdiò Sevilla el derecho que tenia en virtud de dicha sentencia de graduacion, por no aver mostrado este instrumento, ni vsado dèl en el pleyto presente, queriendo fundarse, *in l.35.tit.18.p.3*.donde tratandose de las cartas foreras, se dize, ibi: *Mas si fuere ganada carta sobre pleyto de alçada, ò sobre juyzio afinado, tal carta debe valer por todavia, para poderse defender por ella; pero si le demandaren, y no la quisiesse mostrar para defenderse con ella, si entrare en pleyto, ò se defendiere por otra razon, è dieren juyzio contra èl; pierdese la carta, è de alli adelante non se pueden defender por ella, porque non fue mostrada en el tiempo que debia.*

159. Porque como dize D. Greg. Lop. *in glos. d.l.* verb. *Pierdese la carta, & in glos. d.l.13. tit.22.ead.p.* la ley 35. referida se entiende de las cartas foreras, siguiendo su Epigraphe, ò que el que la ganò, la perdiò para no poderla oponer in vim dilatoriæ despues de dado el juyzio, ò que habla de carta ganada de Principe, para que el juyzio dado se bolviesse à rever (v.g. en las 1500.) y que aviendose buelto à rever sin aver vsado desta carta del Principe, y sido vencido, quiso bolver à vsar della, para que se reviesse.

160. Ademas de que quando d.l.35. debiera entenderse, vt sonat, y no como la explica d. D. Gregor. Lop. tampoco se entendiera en este caso, porque aunque Sevilla no fue quien litigò, como queda fundado, sino D. Francisco de Arce, ò litigando este, ò Sevilla, siempre estuvo presente, y insita en la misma comision del Juez del desempeño la sentencia de graduacion, y aviendo dado sentencia contraria à esta cosa juzgada, como la diò, es nula, y es excepcion impeditiva, D. Salg. cũ multis, *in laberynt.3.p.cap.1.n.21.22.& 113.* Azev. *in l.2.tit.3.lib.5. recopil. num. 33.* Gutierr. *de iurament. confirmat. 1.p. cap. 1. num 35. cum seqq.*

161. Y vltimamente, aunque no huviesse constado en este segundo juyzio sobre la paga deste tributo la sentẽcia de graduacion referida, ni se huviesse disputado ante el Juez del desempeño, sino ante otro qualquiera, ni se huviesse hecho mencion della, basta q̃ sea como es cosa juzgada, para q̃ otra cosa juzgada cõtraria sea nula, como decisiuè, & magistraliter lo resuelve asi D. Greg. Lop. *in d. l.15.tit.11. p.3.* verb. *Por juicio,* ibi: *Habes hic, quod non tenet secunda sententia lata contra primam, quæ transiuit in rem iudicatam, licet de prima sententiã nõ fuerit oppositum in processu secundæ.* Y asi no subsistiendo esta segunda sentencia contra la primera, es nula, y opuesta la primera contra esta segunda, es excepcion impeditiva de su execucion, *ex dd.*

162. Es tan legal que la cosa juzgada segunda no subsista contra la cosa juzgada primera, ni pueda, que aunque quisiera aora Sevilla sugetarse à esta segunda, allanandose à pagar este tributo de sus Pro-

 prios

prios no puede, y fuera nulo su allanamiento; como tampoco podia obstarle, aunque huviesse de su consentimiento pagadose à dicho Colegio desde el año de 56. *d.l.eleganter.* § *si post rem iudicatam de condiction.indeb.* y con especialidad, *glos.singularis*; celebrada, y ponderada de todos los Autores, y de D. Greg. Lop. *in d.l.13.tit.22.p.3.* verb. *Non vale el segundo, in l.si diuersa, Cod.de transact.* donde siendo la disputa sobre el dominio de vn fundo, hizieron ambas partes transaccion de sus derechos, y en fuerça della se quedò la vna con el fundo, y la otra recibiò aquella cantidad en que transigiò su derecho, y que este acto estando perfecto por ambas partes en virtud de la transaccion, que tiene fuerça de cosa juzgada, se desbaratò, infiriendo de aqui que tambien puede no subsistir la cosa juzgada, y sentencia de graduacion de Domingo de Zavala, y aver podido dicho Colegio bolver al pleyto, y quedar desvanecida aquella.

163. Cuyo argumento, y ponderacion tiene de respuesta la q̃ dà la misma glossa à la ponderaciõ de la duda sobre el mesmo texto, preguntando: por q̃ en la sentencia, y cosa juzgada no sucede lo mismo? ibi: *Quare secus in sententia, vbi etiam lata per partium consensum, secunda non valet?* Y responde, ibi: *Quia fit ex consensu transactio, & ideo contrario consensu tollitur. ex l.nihil tam naturale de reg.iur.* pero que la sentencia como no la dà el Juez como las partes quieren, sino en justicia y contra la voluntad del que queda condenado por ella, no puede disolverse, ibi: *Sed iudicium in inuitum redditur.*

164. Y assi, ni Sevilla puede consentir en esta segunda sentencia, ni pudo aver pagado, ni pagò à dicho Colegio en virtud de los autos de los Juezes del desempeño de los años de 25. y 29. y aunque lo huviera hecho no podia obstarle, porque era contravenir à la cosa juzgada de la sentencia de graduacion, que ni dichos Juezes pudieron, ni Sevilla consentir en ello, ni en la sentencia presente, porque era dar jurisdicion à quien no la tenia, que no puede ser, *ex l.privatorum. Cod. de iurisdiction.omn.iud.* D. Molin. *de primog.lib.2.cap.16.n.77.& seq.*

165. Y finalmente la obligacion de Sevilla el año de 570. fue vna à pagar dicho tributo, lo pedido, y controvertido en el juyzio de su concurso fue en vn juyzio vniversal de Acreedores, sobre la paga de sus reditos, y principales, lo decidido por Domingo de Zavala el año de 605. despues de deducidas todas las acciones deste, y de los demàs Acreedores en virtud de sus escrituras, fue hazerles pago à todos en dicha sentencia, y à este consignandole para ello el residuo de sus Propios despues de sus alimentos, y gastos, que passò à cosa juzgada, y fue confirmada, como queda dicho; conque no pudo darse otra sentencia contra ella, y aviendose dado le obsta à su execucion la excepcion de la cosa juzgada. *l. an eadem, in princip.* §. *actiones cum alijs plu-*

*ribus*

*ribus de except. rei iudic.* D. Salg. cum alijs etiam multis Authoribus quos citat. *in d. 4. p. de reg. protect. cap. 7. à num.* 133. *ad* 150. *& præcipue num* 142. *&* 46. y concluye *in num.* 50. *circa fin.* la decision desta controversia, ibi: *Et sic cum vniversum ius principale, & vniversale, ipsaque primæva, & originalis causa in totum sit in iudicium deducta, ac super toto cadat vniversaliter ista res iudicata, nihil mirum, vt pariter semper obstat eius exceptio.* y finaliza el num. diziendo, que otra cosa es: *Quando est actum ad vnam, alteramve annuam præstationem dumtaxat, non ad ius principale.*

166. Desta sentencia del Juez del desempaño, y de su confirmacion, tan poco pudo Sevilla apelar de aquella, ni vsar de la segunda suplicacion de las 1500. *ex d. l.* 4 *tit.* 17. *lib.* 4. *recop. in fin.* de esta; porque como queda fundado, Sevilla no fue parte, ni litigò, ni ha sido vencida, ni como obligada el año de 1570. ni como vnica interesada en su concurso, y acreedora à sus Proprios por razon de alimentos, que extinguiò aquella primera obligacion, ni como tercera tampoco, que podia aver salido por la causa comun, y publica de sus vezinos interesados en ellos.

167. Ni menos pudiera intentar la segunda suplicacion, porque el suplicar de las sentencias, es respecto de la entidad de lo que se compone el litigio, y la sentencia, para que se reforme, ò revoque, pero no quando ay nulidad legitima de autos, y sentencia, en cuyo caso en lo principal no ay q̃ confirmar, ni revocar, porque entonces per se no subsiste la sentencia, ni es necessaria la apelacion, ni suplicació. *l.* 1. *Cod. quæ sentent. sin. appell. rescind.* ibi: *Cum contra sacras Constitutiones iudicatur, supplicationis necessitas remititur. l. si inter te, & auiam, Cod. quãd. prouocar non est necess.* ibi: *Ideo in hoc supplicationis auxilium necessarium non fuit.* Y si la sentẽcia nula, no es necessario, ni es capaz de apelacion, ni suplicar della, porque por si mesma no subsiste, mucho menos podrà ser executada.

## PVNCTO IV.

*EXCEDE EL JVEZ DEL DESEMPEÑO AVIENDO ADMITIDO las excepciones opuestas aora por Sevilla en no averla oìdo, y determinado difinitivamente sobre ellas, primero que despachar mandamiento de execucion, y embargo contra sus Proprios, y es Juez competente para ello.*

168. Assentadas las excepciones referidas, que es preciso alguna repeticion suya tambien en este Puncto; porque son correlativas para fundar el excesso del Juez, primero deben estar presentes los autos pronunciados en este pleyto, y lo en juyziado dellos.

169. Tuvo principio, pidiendose por parte del Colegio que se le notificasse al Mayordomo de los Proprios le pagasse 758ђ.mrs. que se le debian por dos años, y dos tercios cumplidos fin de Agosto del año de 86. como parece en el Memorial; num. 12. y siendo este el libelo, y lo controvertido solo con Don Francisco de Arce, que contestò este pleyto, como queda dicho, y vna demanda de reditos annuales de cãtidad, y hasta tiempo limitado, lo decidido por el auto definitivo del Juez del desempeño, ò por mejor dezir del Acessor, aunque sin averlo nombrado, no fue correspondiente à lo pedido, y cõtestado, pues mas prodigo sobre lo ageno en el dàr, que reglado à lo legal en el proveer, se passò como si se huviera disputado juyzio vniversal sobre si se debia pagar, ò no, este tributo à mandar se le pagasse *à dicho Colegio el dicho tributo del producto de las Alcavalas de la Villa de Escacena, y de todos los Proprios de Sevilla, y de los que eligiesse*, que parece en el Memorial *num.* 20. que no pudo mandar. *ex dd. sup. n.* 165.

170. Y aora tambien aviendo salido Sevilla con noticia de dicha executoria à la oposicion de su execuciõ, deduciendo, no solo excepciones, sino acciones que le competen impeditivas de su execucion, la providencia fue averse mandado por el Juez del desempeño *despachar mandamiento de execucion, y embargo contra dichos Proprios, y Alcavalas de la dicha Villa de Escacena por* 1.q.609ђ 955 *.mrs. de reditos de* 5 *.años, y dos tercios cumplidos fin de Agosto del año passado de* 1689. *y que sobre la nulidad de los autos deducida por Sevilla, y demas excepciones opuestas que infringian la executoria, acudiesse à pedir lo que le conviniesse ante los señores del Real Consejo, y sobre las modificatiuas, y demas legitimas le reservò su derecho para los diez dias de la ley.*

171. Reparase por Sevillla en la providencia de dicho auto para fundar tambien su excesso, en que no se declara en èl, quales sean las excepciones, que infringen la sentencia, para que sobre ellas se acuda al Consejo, y quales las modificativas, y legitimas que se reservan para los diez dias. Ademàs, de que esta separacion de excepciones parecen intempestivas en lo enjuyziado de dicho auto, porque aviendolas ya admitido, y contestadose de contrario este juyzio en la contradicion de la prueba, que por Sevilla se pidiò, debiò oìr sobre ellas, y iuris ordine servato determinar difinitivamente la diuision dellas, declarando, que con tales, y tales excepciones acudiesse Sevilla ante los señores del Real Consejo, y tales, y tales se le reservaban para quando huviesse lugar de derecho. En cuyo caso discurriera Sevilla la defensa que le quedaba de excepciones para los diez dias, y en los demàs, los recursos que le compitiessen, y al Colegio no le quitaba la accion intentada de proseguir en su demanda de execucion; conque dicho auto viene à darle à Sevilla dos pleytos sobre vna misma cosa, y vnas mismas ex-

cepcio-

cepciones,aunque confundidas,el vno, en el Consejo,y el otro, ante el mismo Juez del desempeño en defensa de lo executivo,que no debe, ni puede ser, cuyos sucessos si fueran contrarios eran motivados del excesso en el orden,y modo de su misma providencia.

* 172. Assentado lo referido,desvanecido, como queda, lo que de contrario à la vista deste pleyto se fundò *in d.l.* 4. & 11. *tit.* 17. *lib.*4. *recopil.*se passa aora à satisfacer,y desvanecer lo que se fundò, diziendo:que no debia declararse excesso en este Juez del desempeño del auto referido,en que mandò despachar mandamiento de execucion, y embargo contra dichos Proprios con la remission al Consejo, y reserva para los diez dias,que va dicho,fundandose en la doctrina de D. Salgad.*de reg.protection* 4.*p. cap.*7. *ex num.*18. *ad* 25. y equivocandose en que las excepciones opuestas por Sevilla eran infringentes de la sentencia, y que estas, aunque no estava obligado el Juez executor à admitirlas,podia hazerlo,si queria, no para efecto de determinar sobre ellas,sino de remitir,y sobreseer en su execucion.

173. Ponderando asimismo, y valiendose, con equivocacion tambien, de lo que dize id.D.Salg. *num.*24.25. & 30. de que siendo la admission acto de la voluntad, de no averlas admitido no puede otorgarse apelacion para efecto de retardar la execucion,y consiguientemente no poder darse excesso por la razon que alli dà,ibi: *Quia non quidquid iudicis potestati relinquitur,id iuris necessitati subijcitur.* Y porque no le toca *quid sit pronuntiandum,sed quid sit pronuntiatum.*

174. No es de admirar la doctrina referida, ni su causal, pero si lo es,que siendo deliberacion de la voluntad admitir, sobreseer, y remitir,la inclinassen el Juez,Patrono superior de Sevilla, y el Assessor, hijo(y muy bueno,y amable)suyo à no admitir las excepciones, que idearon infringentes,remitir, ni sobreseer, sino voluntariamente resolverse à decidir execucion,y embargo de sus Proprios, q̃ es todo el gravamen à que pudo tener extension lo mas rigoroso del derecho contra la misma Ciudad q̃ debian proteger,y contra la causa comun, y publica q̃ estava tambien à su cargo,quitandole por voluntad propria la substancia de sus alimentos que les previno, no solo la providencia, sino la obligacion del glorioso Rey el señor San Fernando, mantenida de sus memorables Reales successores, de que entrambos avian gozado, y estavan gozando al tiempo de la provision del dicho auto, aun como internos tambien en su vezindad, procediendo con ambos Sevilla como Madre, considerandolos parte de las entrañas de su nativa obligacion, partiendo con igual vnion los alimentos de madre alimentada con los individuos de su vezindad, y hijos, como con no poca propriedad se halla *in l.*1.§.*ex hoc de inspiciend.ventr. l.curator.de ventr.in possess.mitend.* ibi: *Quia videntur alimenta, quæ ita*

*præstantur, ipsi præstari, qui in vtero est.* declamacion que hizo Quintilian. declamat. 338. cõtra el apartar à vn hijo de su madre, ibi: *Filium matri eripere conaris, & partem viscerum, &c.*

175. Y permitasele à Sevilla tambien que exclame, no de dicho auto, como providencia de la justicia, sino como efecto producido de la voluntad, que pudo inclinarse à sobreseer, por ser para la estimació del beneficio, ò lo contrario, no el recibirle, ni el valor de su interes, sino el animo, y voluntad pudiendo hazerle conque se franqueò, como assi lo notò Senec. *de benefic. lib. 1. cap. 5.* ibi: *Multum interest inter materiam beneficij, & beneficium. Itaque nec aurum, nec argentum, nec quidquam eorum, quæ à proximis accipiuntur beneficium est, sed ipsa tribuentis voluntas.* Y en el cap. 6. ibi: *Itaque nõ quid fiat, aut quid detur refert, sed qua mẽte; quia beneficiũ non in eo quod fit, aut datur, consistit, sed in ipso dantis, aut faciẽtis animo. Animus est qui parua extollit, sordida illustrat, magna, & in prætio habita dehonestat. Nõ est ergo beneficiũ, ipsum quod numeratur, aut traditur; sicut nec in victimis quidẽ, licèt opimæ sint, auroq; præfulgeant, Deorum est honos, sed pia ac recta voluntate venerantium.*

176. Y si *quidquid iudicis potestati relinquitur, non iuris necessitati subijcitur,* segun la doctrina referida, mas debe suponer lo que es producido de la ley, ò por regla, ò axioma general, que dize: *Quæ ab initio sunt voluntatis, ex post facto sunt necessitatis. l. sicut. Cod. de action. & obligation. l. in commodato. §. sicut. ff. commodat. l. si quis argentum. §. cum enim. Cod. de donation.* Y assi si lo que pende de la voluntad es arbitraria su aplicacion, y contra esta no se admite oposicion, esta voluntad debe entenderse libre, quando la necessidad de averse de reglar à derecho no la cautiva, como sucede en el caso presente con las legitimas excepciones que se han opuesto, y grauamen que à Sevilla, y à la causa comun, y publica se le siguen, sin averla oìdo, y sobreseydo, del mãdamiento de execucion, y embargo de sus Proprios, que aun el mismo D. Salgad. *in d num. 25.* de que de contrario se funda el que el sobreseer es si *vult*, la limita, diziẽdo, que esto se entiende, quando de no sobreseer, no se sigue gravamen, ibi: *Vnde cum non adsit grauamen de eo, quod est in suo arbitrio exequi;* siendo la causal, el no seguirse grauamen, para que no se pueda apelar del remitir al Juez superior, y consiguientemente no darse excesso, supuesto que se sobresee en la execucion, y estando tan clara, como està, la limitacion del grauamen, cessa la question de la voluntad, *si vult*, ò *si non vult, l. ille, aut ille 1. delegat. 3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admiti voluntatis quæstio.*

177. Por cuya causa no con impropriedad pudiera dezirse lo que se refiere *in cap. cum minister 23. q. 5.* que es homicida el ministro del Juez que voluntariamente quita la vida al mesmo que mandò el Juez que le diessen muerte, si este ministro se la diò voluntariamente, aun-

aunque ſabiendo que el Juez lo avia mandado aſsi, ibi: *Cum miniſter iudicis occidit eum, quem iudex iuſsit occidi, profectò, ſi id ſpõte facit, homicida eſt: etiam ſi eum occidat, qui ſcit à iudice debuiſſe occidi.* à ſimilitudine parece puede dezirſe, que el Iuez, y Aſſeſſor que lleuados de la doctrina referida (que rigoroſamente no es ley) y vſando de ſu voluntad no quiſieron remitir, y ſobreſeer, parecen homicidas de Sevilla, y de la cauſa comun, y publica, quitandole los alimentos por medio del mandamiento de execucion, y embargo de ſus Propios, cuyas rentas ſon la vida de ſu manutenſion.

178. Entẽdida aſsi la doctrina referida de que opueſtas à la execucion de la ſentencia, y coſa juzgada, excepciones infringẽtes puede el Iuez *ſi vult eas admitere, remitere ad ſuperiorem, & ſupercedere,* y que eſto ſe entiende, *cum non adſit grauamen de eo, quod eſt in ſuo arbitrio exequi.* Se procurarà en eſte Puncto, ſin conſentir en que la preſente ſea coſa juzgada, ſino ſuponiendola, fundar, que aun en eſte caſo à excedido el Iuez del deſempeño en el auto de mandamiento de execucion, y embargo referido, y en no aver oìdo à la Ciudad, y determinado primero difinitivamente ſobre ellas, deſſeando ſea con menos cõfuſsion de excepciones que el auto decide.

179. Y reſpecto que de contrario ſe hizo la guerra à la viſta de eſte pleyto con las doctrinas del ſeñor Salgado queriendo vencer à Sevilla en la juſticia que le aſsiſte, con las miſmas doctrinas del ſeñor Salgado cuydadoſamente ſe ſolicita ſu defenſa, tomando las armas literarias, no por el yerro, ſino por el azero de ſu inteligencia contra el brocardio comun: *Viam ferro apperit, &c.*

180. Convieneſe en la diſtincion que dà dicho D. Salg. *in d.4.p. de reg. protect. cap.7. ex num.16. & in ead. p. cap.3. num.1. & ſeqq.* diziendo, que ay Iuez mero executor, y mixto executor, y que el mero es aquel *cui committitur nudum, & purũ factum ad eum exequendum;* y en lo q̃ en el n.5. dize, ibi: *Mixti executores ſunt, quibus executio rei iudicatæ ſuper negotio principali, & executorialiũ ab eo emanatũ committitur, nulla præcedẽte, nec facta cauſæ cognitione ſuper ea, nec diſcuſsis exceptionibus, alijſve, quæ in executionis diſcurſu incidere aſſolent, quæ ab eiuſdem executionis natura proveniũt.* Y aſsi el mixto executor es aquel à quiẽ ſe le comete la execuciõ de la coſa juzgada ſobre el negocio principal que ſe ha diſputado, y del deſpacho que ſe expide para ello, no aviendo tomadoſe conocimiento ſobre ſu execucion, ni controvertidoſe las excepciones, y otras circunſtancias que al tiempo de la execucion ſuelen tocarſe, y provienen del miſmo efecto de paſſar à executarla.

181. Y en el *n.26. d. cap.7.* dize, que lo miſmo q̃ el Juez mero executor en las excepciones infringentes, *ſi vult poteſt admittere, remittere, & ſupercedere,* ſe entiende en el Juez mixto, limitando eſte *n.27.* en caſo

de

de exceder el Juez de ſu comiſsion, ò de daño irretractable, ò irreparable, injuſticia notoria, y otras, que ſino las admite, y ſobreſee *vim facit*, y excede, pero *in d.4.p.cap.6.num.21.* no lo dexa tan abſolutamente en los terminos de la voluntad, advirtiendo, que ſi la excepcion, que ſe opuſiere fuere tal que ſi eſtuviera preſente al Juez que diò la ſentencia ſobreſeyera, y no la mandara executar, de la miſma manera debe el Juez, aun ſiendo mero executor ſuſpender el executarla, ibi: *Executor etiam merus tenetur admittere exceptionem nouam, & nouiter ortam, quæ ſi à iudice mandante cognita fuiſset, ab executione ſupercederet, ac pariter executor eius ſupercedere debebit*; donde es de notar la palabra *executor etiam merus*, donde el adverbio *etiam* manifeſtò, que eſto miſmo debe hazer el Iuez mixto, pues tambien ſe le concede al mero, y en el *num.23.& 24. d.cap.6.* lo extiende à que tambien debe ſobreſeer opueſta alguna excepcion *RELEVANTE, O DE NVLIDAD* con mucho numero de Autores que cita, que dizen lo miſmo.

182. Paſſando *in d. cap.7. num.39.47.& 48.* à dezir, que el Juez mixto executor, eſtà obligado à conocer, y determinar ſobre las excepciones que no miran à nular la ſentencia, ſino à modificarla, y que eſtas ſe pueden oponer contra tres ſentencias conformes, y que *vim facit* el Iuez mixto que no las admite, porque ante el ſunt proponendæ, admitendę, & determinandę, *vt d.num.39.* ibi: *Executor mixtus preciſse admittere tenetur.*

183. Y en el *num.35.ad 38.* diziendo, que aunque la excepcion de nulidad, que conſta expreſſamente de los autos, ò breve puede probarſe, es legitima para impedir la ſentencia, aunque ſea de tres conformes, y que omnino debe ſer admitida, *ex Rota deciſ.280. in nouis*, Barc. & omnes *in l. 4. §. condemnatum de re iudic.* Afflict. *deciſ.283.* Alexand. Vantio, y otros muchos que cita juntamente cum D. Covarruv. *practic.cap.25.à princip. & præcipue num.* 4. concluye, conque eſto debe entenderſe, quando eſta excepcion de nulidad ſe opone ante el miſmo Juez que diò la ſentencia, en cuyo caſo ſe ſuſpende ſu execucion. Pero D. Covarruv. *practic.d.cap.25.à princ. & num.4.* dize, que la excepcion de nulidad puede oponerſe contra tres ſentencias conformes, y que impide la execucion de la ſentencia, ſin limitar, ni dezir ante q̃ Juez ſe aya de oponer, conſtando de los miſmos autos la nulidad, ò probandoſe incontinenti, ò conſtando el defecto de juriſdicion en el Juez; & eius Add. *ſup.d.cap.25.n.4.verſ.nullitas ſiquidem.*

184. Y idem D. Salgad. *de reg. 3.p. cap. 9. ex num. 1. ad 34.* coaiubandolo con mucho numero de Autores en 10. colunas, dize: Que la nulidad de la ſentencia corre igualdad con la ſentencia iniqua, conſtando de los autos, y que la ſentencia iniqua no ſe entiende eſtar comprehendida en qualquier eſtatuto, que prohiba las

nuli-

nulidades. Que es lo mismo la nulidad, para no ser exequible. Que la opuesta impide la execucion de la sentencia. Y que *vim facit* el Iuez que no admite la apelacion diziendo de nulidad de la sentencia, y ser practica comun en todos los Tribunales, y Garcia *de nobilitat. vbi sup.* Que la clausula *parito iudicato* se entiēde de la cosa juzgada en que no ay nulidad, ni injusticia notoria. Y, la sentēcia nula no puede llamarse sentencia, ni tener efecto exequible, porque este le tiene solo el acto valido, *ex d.l.4 §.condemnatum de re iudic. & d.cap.examinata de confirmat.vtil.vel inut.l.vnic.Cod.de sentent.ex peric.recitand.* Surd. *decis.* 30. *num.*30. D. Molin. *d.lib.2. cap.7. num* 7. porque se atiende à su primera causa, y origen, si tuvo nulidad, ò no, D. Salg. *de reg. protect. d.4.p. cap.11.ex num.32.ad 46. & cap.3. num.62.108.109. & 113. & cap.4. num.22. & seqq. & cap.6.num.1.3. & 6.*

185. Y passa id. D. Salg. *in d.3.p.cap 9.num.*20. à equiparar la cosa juzgada à la sentencia de remate, diziendo, que *si ex aliquo capite apparet nulla notoriè ex eisdem actis*, y della se apelàre tiene efecto suspensivo, y no puede el Juez llevarla à execucion, citando à Gutierrez, *practic.quæst. lib.1. q.120. & q.119. n.5.* Xuarez que dize deberse entender assi l.64. Taur. Amad. Rodrig. Azeved. Avendaño *in tract.de exeq.mand.lib.2.cap.30.num.9.* à cuyo sentir asintiò id. D. Salg. passando in num. 22. à dezir, ibi: *Et hinc etiam est, quod nullitas quæ notoriè constat, puta, per inspectionem processus, impedit trium sententiarum conformium executionem*; compendiando las citas de Autores, y refiriendose à Natta, *tom.1.cons.172.num.5.* Ozasch. Chaqueri *in decis. Pedemōt. decis.* 142. *num.*34. y à D. Covarr. *vbi sup.cap.25.à princ.* Y in num.23. le haze tanta fuerça la nulidad notoria, y que ex actis consta para no ser exequible, que passando su sentir à vn à mas de las tres sentencias conformes, dize, que si la sentencia del Prefecto Pretorio de que habla, *l.vnic. ff.de offic.Præfect.Prætor.* que era la suprema dignidad, y de quien presume el Principe *non aliter iudicare, quā ipse met Princeps*, (v.g. el Consejo) si tiene nulidad, se suspende su execucion.

186. Y concluye desde el num. 24. ad 33. para mas clara inteligencia, dividiendo la nulidad generica en tres especies, y efectos. La primera, la que se opone, y ofrece probar luego, diziendo, que esta impide la execucion de vna sentencia, que tiene fuerça de cosa juzgada, y se lleva à execucion, como son las possessorias, de alimentos, de remate, y por su naturaleza privilegiadas, con muchos Autores con que lo comprueba, & præcipuè cum D. Covarr. *vbi sup.cap.25.à princ.*

187. La segunda, in n.26. la que se opone, y de los mismos autos se prueba su legitimidad, y la haze notoria, la qual dize, que impide la execucion de tres sentencias conformes con mucho numero tambien de Autores, y D. Covarr. *vbi sup.* y queda fundado optimè ex

Torreblanc. & alijs *ſup.num.*36. Y entre eſtas pone *in num.*27. por impeditivas de la execucion de tres ſentencias conformes, la que tiene el defecto de citacion de la parte, y eſte defecto patet ex eiſdem met actis, y queda fundado *ſup.ex num.*26.*ad* 31. y pone tambien el defecto de legitimacion de actor, y poder en el Procurador, que aſsimeſmo queda fundado no averla en eſtos autos *ſup. ex num.*1. *ad* 12. *& ex d. num.*26.*ad* 31. y el de juriſdicion en el Juez, mediante el exceſſo de ſu comiſsion, que tambien queda juſtificado *ſup. num.* 13. *ad* 25. y pone tambien en el num. 31. el defecto *de iuris ordine non ſervato*, diziendo, que eſte defecto es inſanable, la qual inobſervancia queda probada conſtar de los miſmos autos *ſup.ex num.*43.*ad* 58.

188. Y nuevamente ſe añade à lo dicho *ſup.num.* 43. otra inobſervancia de derecho, malicia, dolo, y coluſion, que conſta en los miſmos autos à foj. 59. y 60. pues aviendo mandadoſe dar traslado à D. Franciſco de Arce (que gaſtando el nombre de Ciudad, como queda dicho, defendiò contra la parte contraria eſte pleyto) de la peticion dada de contrario à foj. 58. no ſe le notificò ſu traslado, ſino à otro Subſtituto de la Ciudad, que no avia actuado en el pleyto, apareciendoſe à foj. 59. peticion, reſpondiendo à ella, ſin firma de dicho Don Franciſco de Arce, à que ſe mandò traer los autos citadas las partes, y ſin averle citado à dicho Don Franciſco, ſino à Antonio Lopez Tercero el otro Subſtituto, conſta ſe diò la ſentencia difinitiva primera (origen vicioſo, y nulo deſte pleyto) à foj. 60. porque ni aun dicho D. Franciſco ſe hallaſſe à ſu viſta, ni ſupieſſe quando ſe determinaba, que es contra *d. l. de vno quoque de re iudic. & l. prolatam. Cod. de ſent. & interlocut.* que dizen ſer nula.

189. La tercera eſpecie de nulidad que pone num. 33. dize, que es, la que no conſta de los autos, y requiere mayor, y mas pleno conocimiento, y no ſe ofrece probar incontinenti, y que no impide la execucion de la ſentencia, ſino es en caſo de ſer ſu execucion irretractable, ò irreparable, aſsi en los juyzios civiles, como criminales, opueſta principaliter, aut incidenter, con muchos Autores, y D. Covarr. *d. cap.* 25. *num.* 2.

190. Aſſentadas las doctrinas referidas del ſeñor Salgad. aſsi *in d.* 4.*p. de reg. prot. d. cap.* 3. *ex num.* 1. *ad* 4. *& d. cap.* 7. *ex num.* 16. *ead. p.* y la diſtincion, que en ellas da de Juez mero, y mixto executor, como las referidas *d.* 3.*p. de reg. cap.* 9. *ex n.* 1. *ad* 34. y lo que dize, que las excepciones infringentes pueden deducirſe ante iudicem, qui ſententiam tulit; y que aunque requieran altiorem indaginem, ſi cauſare daño irretractable, ò irreparable ſuſpenden la execucion de la ſentencia: aunque parecen diverſas, incluyen vn miſmo ſentir, y en todas ſe procurarà fundar el exceſſo del Iuez del deſempeño en el auto proveìdo

de

de mandamiento de execucion, y embargo de los Proprios de Sevilla, y asimesmo que excede en aver mandado andar en pregó dichos Proprios, que no necesita de prueba lo particular de este excesso, por confessarlo el mismo Iuez del desempeño en su auto de pregones, y no deber ignorar que no pueden venderse por deuda alguna, por ser notoria, y legal la vinculacion dellos en todas las Ciudades, Villas, y Lugares, y que solo se pueden vender los nuevamente adquiridos con caudal dellas por compra, como sucediò à Sevilla en su cócurso, ò donados sin grauamen de prohibicion de enagenacion, porq̃ en los dados, ò concedidos por el Principe, aũ en esto puede ser disputable, como queda dicho, si puede quitarlos, ò dar facultad, que subsista, para obligarlos, siendo dexados por sus antecessores para sus alimẽtos, y como notorio este excesso, no es necessario detenerse en èl, *ex vulg. axiomat. notoriũ non indiget probati. ex glos. in Clement. appellantione de appellat. glos. in l. emptorem in fin. Cod. de action. empt.* Menoch. *de recuper. possess. remed.* 15. *n.* 264. Grat. *discept. forens. tom.* 5. *cap.* 925. *n.* 13.

191. Y entrando por la doctrina, de que opuestas excepciones que infringen la sentencia *si vult potest admittere, remittere, & supercedere*, pareciera temerario dezir contra la opinion tanti venerabilissimi, eruditissimi, & plæclarissimi viro D. Salgad. y error muy craso dezir tambien, que el Iuez inferior mero, ò mixto pueden revocar la sentencia del superior, si bien puede per viam modificativam declararse no deber perjudicar la sentencia dada, y no executarse, ex D. Salgad. *in laberynt.* 3. *p. cap.* 1. *n.* 116. & D. Amaya *in l vnic. Cod. de sentent. advers. Fisc. retract. num.* 20. cum multis quos congerunt (pero venia concessa, licèt non digne merita, per gradum Bachalaureatus per quem multis ab hinc annis in maxima Salmantina Vniversitate illustratus fuit) no passando à vsar de la facultad de poder interpretar, sino à querer aprẽder, y poder dudar, sin olvidar la exclamacion de Garcia *de nobilitat. relata sup. num.* 142. *Videas quam in misera disciplina versemur, &c.* parece que es otra la inteligencia de la que de contrario se diò.

192. Porque vna materia tan grave como la de sobreseer en la execucion de la juzgada, ò no, que es la mas autorizada de derecho, y en los mas casos exequible, aunque ay otros en que tiene suspension, dexarà por doctrina D. Salgad. que fuesse Iuez arbitro en el sobreseer, ò grauar el arriesgado, y sospechoso Iuez de la voluntad, y no el stricto del entendimiento, que prudenciando lo legitimo, ò vago de las excepciones lo decidiera, y assi se debe entender, que lo que se dexò à la voluntad, hoc est, *si vult*, no fuerõ aquellas excepciones que estavan deducidas en el juyzio principal, y con pleno conocimiento, y sin defecto alguno quedò executoriado, y que se bolvian despues à repetir en oposicion à su execucion; porque no cabe que destas hablasse el

señor Salgado, dandole facultad al Iuez inferior para que opuestas sin novedad alguna en ellas, quedasse à su arbitrio el sobreseer, ò lo exequible.

193. Conque las excepciones que dexò à la voluntad, son aquellas en que pudiera aver duda si eran, ò no, maliciosas, permitiendole al Iuez executor la equidad entre la duda de si quisiera remitir, ò sobreseer en ellas por doctrina, *d.cap.suscitata de in integr.restitut.* ò deberse entender de aquellas excepciones, que requiriessen mayor conocimiento, como las nota *in d. 3.p. cap.9. num.*33. para que en ellas, queriendo, pudiesse tomarle, ò remitir, para resguardar la falta de execucion, y sobreseer para justificar si el perjuyzio que se podia seguir de ella era irretractable, ò irreparable, ò tan qualificado que la impedia, como es doctrina eiusdem D.Salgad. 4. *p. de reg. protect. cap. 3. num. 76.& seqq.*

194. Y la prueba de que no se puede entender de la manera que de contrario se quiso fundar, se justifica de lo literal de las mismas palabras: *Si vult, potest admittere, remittere, & supercedere*; porque siendo, como son, coniunctivos sus efectos, mediante la decision *et*, que las vne, no se puede executar diuiduamente, remitiendo, y no sobreseyẽdo, ò sobreseyendo, y no remitiendo, pues de remitir, y no sobreseer, para què la remission! Y de sobreseer, y no remitir, para què esta suspension! En cuyos dos casos debiera ser preciso aguardar resolucion del Consejo.

195. A que se llega, que aviendo decidido con tanta inseparacion, y confusion excepciones ideadas infringentes, y modificatiuas, no pudiendo hazerlo dicho Iuez, obrò contra la doctrina referida de el señor Salgado en que se quiso fundar, no aviendo sobreseìdo en la execucion, pues de qualquiera manera que sea, aviendo remitido debia sobreseer, y aguardar su resulta, para no hallarse mediante las excepciones infringentes que remitia, el que fuesse contraria à lo que èl huviesse determinado en fuerça de las modificativas, haziendo de vn pleyto dos, como queda fundado *sup. n.* 171. y es conocido excesso el que ha cometido dicho Iuez en la misma decision del auto, orden, y modo de proveerle.

* 196. Excede assimesmo dicho Iuez del desempeño en la providencia de dicho auto por doctrina d. D.Salgad. *in d.* 4. *p. & cap.*7. *ex num.*35.*ad* 38. pues segun ella puede conocer de las excepciones infringentes el mismo Iuez, qui sententiam tulit, y excede por dos razones. La vna, porque si la confirmacion de su sentencia, nil noui le diò, como queda fundado *sup.ex num.*32.*ad* 38. *ex d.glos.in cap.examinata de confirmation.vtil.vel inutil. l. si expressim de appellat.* Rot.*decis.* 702.*num.*6. *& decis.*38.*ex num.*1.*diuersor.* Torreblanc.*iuris spiritual.d.*

*lib.*

*lib.15.cap.12.ex n.93.ad 97.* y expressamente tambien ex eod. D.Salg. *d.4.p.de reg.prot.cap.11.ex num.36.ad 43.* ibi: *Quia confirmatio nihil novi dat*;se quedò en terminos su sentencia de primera con todas sus nulidades,y como dixo Azev.*in l.2.tit.17.lib.4.recop. num.19. ex ineptitudine libelli,vel contrahentium perpetuo nullitas opponi potest.*

197. La segunda,porque las nulidades,y legitimas excepciones, que constan de los autos, ò brevemente pueden probarse, impiden la execucion de la sentencia, y de tres conformes, y se pueden oponer ante el Juez primero que la diò, como plenamente queda fundado *sup.num.185.ad 187.*porque entonces no infringe la del superior, respecto de que aquel Juez no se considera Juez executor, sino privativo del desempeño, ante el qual antes de averse presentado dicha executoria,con noticia que della tuvo,y de dicho pleyto,acudiò legitimamente Sevilla per modum actionis tambien,y como Republica, y causa comun,lesa,y indefensa,que basta, *ex l.1.Cod. de iur. Republic. lib.11.*ibi:*Si quid adversus Rempublicam indefensam statutum est, ACTIONIBVS EIVS NIHIL EST PRÆIVDICATVM,l.1. Cod. de iur. & fact. ignorant.* ibi: *Si nondum satisfecisti, permitto tibi ACTIONIBVS TVIS VTI.* Y reconvino al dicho Colegio,y provocò à juyzio, pidiendole mas de 24ʝ. ds. que con dolo, y sin noticia suya por las razones que expressa en su alegato avia percebido de sus Proprios, pidiendo assimesmo que dicha executoria no debia tenerse por tal,ni subsistir,respecto de las nulidades, y excepciones legitimas, que constan ex ipsis met actis,y que deduxo,en que dicho Juez del desempeño debiò oirla en todo, por no ser, ni deberse tener por cosa juzgada la que cayò, confirmando su sentencia, y sobre todo determinar difinitivamente antes de passar à hazer actos de execucion.

198. Y no puede entenderse de otra manera lo que dize D.Salg. *d.4.p.cap.7.ex num.35.ad 38.& num.37.*ibi: *Quæ ita intelligas secundum nostram doctrinam,vt tunc impediant, & obstent executioni si opponantur coram ipso iudice principali, qui sententiam tulit.* y los Autores que assimesmo convienen en que ante el Iuez principal, *qui tulit sententiam*, se puede dezir de nulidad,y contra tres sentencias conformes que hazen cosa juzgada,porque el poderse dezir de nulidad contra su sentẽcia,aunque fuesse difinitiva,no aviendo passado à cosa juzgada, ò por no averse della apelado,ò por otra causa,es practica legal, y lo disputable solo es, quando passò à cosa juzgada por defecto de apelacion, quedar desierta,ò por aver sido cõfirmada, ante quien se puede dezir de nulidad. Y assentado,como queda,q̃ se puede dezir de nulidad de la sentencia que passò à cosa juzgada ante el Iuez que diò la sentẽcia, y contra tres sentencias cõformes,es la razon, aver sido la primera sentencia que el Iuez diò nula,y no averle podido dar validacion las dos sentencias de vista, y revista q̃ la confirmaron ex dd.y consiguiente-

mente aver excedido dicho Iuez como privatiuo del desempeño en no aver oìdo à Sevilla primero, y assi debe declararse.

199. Respecto de lo qual, sino ay cosa juzgada, à excedido el Iuez del desempeño en no aver oìdo à Sevilla, y determinado difinitivamente primero sobre lo alegado por ella, y deducido como Iuez, *qui sententiam tulit*, y si la ay, en el auto, y division confusa de excepciones que proveyò, aviendo pedido tambien la oyesse en ellas per viam modificativam, y suspendiesse la execucion de la sentencia, porque res iudicata cessat, cessante suppositione, & causa ob quam lata fuit, ex doctrin. eiusd. D. Salg. *in laberynt. 3. p. cap. 1. n. 138. 141. & 190.* D. Greg. Lop *in d. l. 13. tit. 22. p. 3.* no debiẽdo, como no debiò hazer las divissiones referidas con la remission al Consejo, y reserva, que queda dicho, ocasionando el gravamen, los gastos, y dilaciones de semejantes remissiones, muy contra lo que advierte à los Iuezes executores, id. D. Salg. *d. 4. p. cap. 7. num 42. & seq.* ibi: *Ne partes dilationibus, & expensis vexentur, neque cogantur ire coram iudice committente suas exceptiones proponere, testesque, & probationes vehere, quod maximum inconveniens est.* Y tambien advierte lo mismo D. Covarruv. *practic. d. cap. 25. num. 5.*

200. Para lo qual no vsò bien el Iuez de la palabra *si vult*, porque como queda dicho, no la debiò tomar como acto de la voluntad, sino de la discrecion, atendiendo si era maliciosa la oposicion, *ex d. Clement. de re iudic. d. l. si Prætor. §. Marcellus de iudicij*, ibi: *Vel exequi Prætorem ita iudicatum non debere.* Garcia *de nobilit. per multos numeros. d. glos. 6. §. 2.* y assi se debe entender dicha palabra *si vult*, pues à qualquiera es libre suo modo intelligere ex Garcia, *icid. num. 54. in fin.* y se consilià mejor lo que dize id. D. Salg. *d. 4. p. cap. 3. num. 1. ad 4. & cap. 7. num. 16. & cap. 6. num. 21. & d. 3. p. cap. 9. vbi sup. & fere per tot. & in laberynt. 3. p. cap. 1. num. 168.* porque si se huviera de entender *si vult* reglado solo à la voluntad, y no à la discrecion, y disposiciones de derecho, se encontràra, como al presente se encuentra con las que no permiten lesion, ni iactura indebidamente, ni otra cosa quæ verteretur in animæ periculum, como assi lo encarga idem D. Salgad. *d. 4. p. cap. 3. num. 115.*

201. Ademas de que discurriendo à ratione, las excepciones que se llaman infringentes de la sentencia, parece què el dezir que deben remitirse al superior, y no deber conocer dellas el executor, es porque no puede conocer el Iuez inferior contra lo decidido por el superior, pero dandose caso, que se despachò executoria, para que Juan pagasse 2IJ. ducados que debia à Pedro, en que Juan fue vencido, si mostrasse pagos de aver pagado mil, se executoria en los mil restantes, y si los mostrasse de tòda la cantidad no se executaria en nada, *ex l. 1. & 2.*

*tit.*

*tit.21.lib.4.recopil.*ſiendo la razon,el que por cauſa deſtas excepciones de pagos no ſe infringe la executoria, ni lo q̃ ſe mandò por ella, ſino por via modificativa ſe tiempla,y ſuſpende ſu execucion. Eſto legal, y racionalmente ſupueſto,y limitado al caſo preſente, no ſe dize por Sevilla que el Juez executor mero,ò mixto puede revocar,ò infringir la executoria,ſino que mediante las excepciones que ſe oponen contra las cauſas que movieron à expedirla,modifique,tiemple, y ſuſpẽda ſu execucion haſta tomar conocimiento en ſi deſvanecen ſus excepciones à aquellas inciertas cauſas que la motivaron, y que ſi eſtuvieran preſentes no ſe huviera expedido, ex doctrin. de muchos,y de D.Salg.*de reg.d.4.p.cap.6.num* 21.

202. Dexaſe tambien à la alta comprehenſion de la Sala otro ineſcuſable reparo,ſi lo es,que ay en los autos, q̃ ſolo la defenſa puede permitir ſu expreſsion,y es, ſi para poder fundar que es Iuez competente el del deſempeño para aver debido oìr à Sevilla,y à excedido en aver paſſado à poner en execucion dicha executoria,y ſi puede no tenerſe por executoria la de que ſe pretẽde valer, reſpecto de que como queda dicho,quando ſe formò el concurſo de Sevilla ſe nombraron,y fueron nombrando los Iuezes para ſu conocimiento, y proſecucion que quedan referidos,reſervandoſe las apelaciones de ſus autos,y ſentencias *para ante los Juezes que por ſu Mageſtad eſtavan nombrados,y no para otra parte,ni Tribunal alguno,*como parece en el Memorial al n.33 y en el pleyto à foj.142.B conteniendo lo miſmo las comiſsiones que ſe deſpachan aora, pues ſe dize en ellas, que de los autos, y ſentencias de dichos Iuezes puedan otorgar las apelaciones que dellos ſe interpuſieren *para ante los ſeñores del Real Conſejo, y no para otro Tribunal, ni Juez alguno*, que aunque no eſpecializan la junta, ſon correlativas de la original, y es defecto del Eſcrivano la falta de expreſsion.

203. Si puede aver duda ( aſſentada, y venerada la ſoberana Alteza del Conſejo) en ſi no aviendo ſido confirmada la ſentencia de el Iuez del deſempeño ſpecialiter por los ſeñores de la Iunta del Conſejo,à quienes privativamente tocaba ſu conocimiento, ſino vniverſaliter por los que ſe hallaron à la viſta del pleyto, ſi puede tenerſe por valida ſu confirmacion? Pues aunque dicho Iuez ſe la admitiò para ante dichos ſeñores vniverſaliter, ſi fue error en dicho Iuez contra lo contenido en la reſerva de ſu comiſsion, parece que no debe perjudicar à Sevilla ſu error, ſiguiendoſe de aqui ſi à excedido tambien,paſſando à executarla,como executoria.

* 204. Excede aſsimeſmo aun como mixto executor dicho Iuez del deſempeño en no aver oìdo à Sevilla, y determinado difinitivamente ſobre las acciones, y excepciones modificativas que deduxo,

antes,y deſpues de preſentada dicha executoria, y de paſſar al mandamiento de execucion,y embargo de bienes referido.

205. Y que ſea mixto executor conſta de los miſmos autos,por el conocimiento que ſobre ellos à tomado,y reſerva para los diez dias para que fueſſe mas pleno, ſiguiendo la diferencia de mero, y mixto executor referida,ex D.Salg. *d.4.p. de reg.protect.cap.3.num.1. & ſeqq. & cap.7. ex num.16.* y aſsimeſmo de lo conteſtado de contrario en ſu peticion à foj.197.del pleyto,y refiere el Memorial,n.42.pues aviendo antes perſeverado en dezir no tenia obligacion à reſponder, ni oìr el Juez por ſer mero executor,conteſtò deſpues reſpondiendo al alegato de Sevilla,y ſi era legitimo,ò no,el poder por ſu parte preſentado,que ſe avia dicho contra èl por Sevilla, y formado Articulo ſobre ello, y debiendo determinar ſobre lo conteſtado, y Articulo formado,y con contradicion de la viſta de los autos, excediò, no aviendo proveydo ſobre ello,en aver determinado difinitivamente ſobre lo principal.

206. Que tenga conocimiento el Juez mixto executor, conſta *ex l.à Divo Pio.§.Si ſuper rebus*(aliàs)*ſi rerum.de re iudic.l.fideicommiſſum de confeſſ.* D.Salg.*d.4.p.cap.7.num.39.47. & ſeqq.* D.Covarr.*d.cap.25. n.5.* y particularmente ſobre la excepcion de indefenſion, para obviar el gravamen de la execucion de la ſentencia,y paga,*d.l.vnic.Cod.de iur. Reipubl.lib.11.d.l.1.Cod.de iur.& fact.ignorant.*ibi:*Si nõdum ſatisfeciſti, ſi cœperis ex ſententia conveniri, permitto tibi actionibus tuis vti.* Sin que en eſte caſo fueſſe por Privilegio militar,pues la gloſſa dà la cauſal,diziendo:*Non quia miles, ſed quia certabat de damno vitando,& erat reus*; como ſucede à Sevilla,y ſu cauſa comun, que ſe defiende por evadir el perjuyzio que ſe les ſigue,y hallarſe con la execucion de dicha executoria Rea.

207. Y en eſtas defenſas, no ſolo deben ſer oìdos en ellas antes de la execucion aquellos à quienes iure proprio,ordinario, & ſpeciali les compete,ſino todos generalmente,*l.1.Cod.de re iudic.*ibi: *Adverſus iudicati agentem,doli exceptione oppoſita tueri te poteris.d.l.19.tit.22.p.3.* ibi: *Pero ſi acaecieſſe deſpues tal coſa, &c.* y mas adelante tratando de la coſa que ſe perdiò, y deſpues de la ſentencia en que ſe mandò pagarla,ſe ſupo la tenia el dueño,ibi:*Y aun dezimos,que ſi non avia pagado aquello que judgaron,que pechaſſe por aquella coſa perdida,que bien ſe puede eſcuſar de lo non pagar.* Y eſto tambien por regla del derecho comũ, cum facilius concedatur retentio,quam actio. *d.l.per retentionem.Cod. de vſur.l.quæritur cum ſeqq.de re iudic.* D. Salgad. *in laberynt. 3. p. cap. 1.num.163.*

* 208. Debe ſuſpenderſe tambien la execucion de la ſentencia, mediante las excepciones legitimas que ſe deducen, por la Bula de Pio V.recibida en Eſpaña,que refiere D.Salg.*de reg.d.3.p.cap.9.n.198.*

por

por la qual se prohibe se lleven à execucion las sentencias, (que se entiende de la cosa juzgada, porque hasta entonces no son exequibles) en que ay defecto de citacion, jurisdicion, y Poder, por el grauamen que causa su execucion, cuyos defectos concurren en el caso presente, y constan en los mismos autos.

209. Y id. D. Salg. los extiende *ex d. num.* 109. *ad* 202. por lo fauorable, al defecto *de iuris ordine non servato*, y de los terminos substanciales, y quebrantamiento de otro estatuto, y à otras excepciones competentes legitimas con mucho numero de autores que citá, y decisiones de Rota, y el defecto de la inobservancia del orden judicial, y de los terminos substanciales, y quebrantamiento de la sentencia de graduació que passò à cosa juzgada, y fue, y hasta aora corre aprobada por el Rey, y su Consejo, constan de los autos tambien.

210. Y *in d.4.p.de reg.cap.7.ex num.1.ad 5.* assiente con generalidad à lo mismo, diziendo, que el Juez Eclesiastico haze fuerça, sino admite las justas excepciones legitimas, y passa à executar sin previo conocimiento antes de la execucion, fundandolo in gloss. celebri *in l. ab executione. Cod. quor. appellation. non recipiant*, ibi: *Item, idem est. si executor prætermissa cognitione exceptionis* (como sucede en este caso, que no tomò el Iuez el previo conocimiento que debia en las excepciones opuestas por Sevilla, que es lo mismo que no admitirlas, pues resolviò executar) *quæ datur alicui in quibusdam casibus etiam post sententiam, & quadrimestre tempus, velit sententiam executioni mandari.* Que aun es mas tiempo que para poder dezir de nulidad, que el que dà la *l.2.tit.17.lib.4.recopil.* y lo que es en el Juez Eclesiastico fuerça, es excesso en el Juez secular. Y passa à dezir *in num.6. &* 40. que esto mismo se entiende en qualquiera execucion de sentencia en virtud de instrumento Cameral, ò de Auditor de la Curia Romana, ò Delegado Apostolico, fundandolo *in d.l. à Diuo Pio. §.4. de re iudic.*

211. Pudo assimesmo dicho Juez aver entendido, y interpretado la executoria, y no aver passado à su execucion à vista de las legitimas excepciones opuestas, cuya interpretació le es permitida al Juez mixto, no alterando la condenacion de la sentencia, y assi lo assiente D. Salg. *d.4.p.cap.12.ex num.25.* definiendola, ibi: *Est congrua verbi, & orationis, declaratio, & expositio, quemlibet posse iudicem facere*; y en el num.26. prosigue, diziendo: *Quod executor mixtus cui rerum iudicatarum executio committitur, possit facere huiusmodi declarationem interpretatiuam, non alterantem condemnationem præcedentem sententiæ*; y que assi tenet interminis optima Rotę, *decis.100.ex nouĕ, p.1.* Gratian. *disceptat. forens. tom.1. cap.333. per tot. à princ.* Escac. *de appellation. q. 17. limit. 10. num. 55.*

212. Siendo la razon que para ello dàn los Autores, el que por la

 inter-

interpretacion de la sentencia no se ocasiona nuevo grauamen, ni novedad, sino antes aclara lo que las excepciones opuestas parece pudieran confundir, lo qual es permitido, *l.hæredes palam.* §. *sed si notam de adquir.rer.dom.* donde disputandóse de la adquisition del dominio de las cosas densas, y liquidas, que no pueden reducirse à su primer ser, se decide que en el Trigo no adquiere dominio el que mandò sacarle de la Espiga, sino el dueño desta, dando el mismo texto la razon in fin. ibi: *Qui excutit spicas, non nouam speciem facit, sed eam, quæ est detegit.* Y passa idem D.Salg. *num.29.* à dezir, que la naturaleza de la declaracion interpretativa de las sentencias en los executores dellas, es: *Vt nullum actum de nouo disponat, sed factum præexistentem, & præteritum ostendit.*

213. Y en el num.39. dize, que la declaracion interpretativa, es: *Quæ addit qualitatem demonstrativam, non autem quæ alterat subiectum.* Y que se mantiene: *Quando fit circa substantiam actus.* Y en el num.48. dize, que la interpretacion debe ser verosimil à la sentencia; y finalmente en el num.42. en que todo lo ciñe, dize: *Et hanc declarationem interpretativam circa dubia sententiæ, quæ exequenda committitur tribunalium superiorum executori, quotidie facere videmus absque excessus reatu, Assessorijque super illis dubijs declarant. Et vrget ratio, NAM OMNIA CENSENTVR SIBI COMMISSA, QVÆ AD EXPEDITIONEM, ET EXECVTIONEM SVNT NECESSARIA, ET CVM PRINCIPALE COMMITTITVR, CVR NON VIDEBITVR COMMISSA HÆC DECLARATIO INTERPRETATIVA, prout est in hærede, in quem non transit facultas declarandi, & tamen, quando facultas declarandi venit accessoriè ad contractum, qui ad hæredem transit, tunc sicut transit contractus, transit etiam facultas declarandi.* Fundando todo lo que queda dicho en muchos Autores, vbi possunt videri.

214. Y que el Iuez mixto executor tenga facultad de interpretar, se prueba, *ex l.ab executore.* §.1. *de appellation. & relation.* pero esto se entiende teniendo facultad de interpretar su sentencia el Iuez mãdante, vt in d.§. ibi: *Si tamen is interpretandi potestatem habuit*; que es como si dixesse: *Dummodo missus sit executor ab eo qui potestatem habet interpretandi.* ita D.Salg. *vbi sup.num.12.&15.* & glos. *in l.sicut proponis. Cod.de execution.rei iudic.* verb. *executor.* y que en la mala interpretació se de excesso convienen los DD. ex glos. *in l.ab executione.Cod.quor.appellation. non recip.* & glos. *in cap. quoad consultationem de sentent. & re iudicat.*

215. Lo qual adequado al caso presente, parece que pudo el Iuez del desempeño como mixto executor que es, y assi se ha declarado, no innovando, mudando, ni haziendo nueva especie de sentencia, interpretar lo preexistente, y lo passado, cõ qualidad demonstrativa de vno, y otro, y todo verosimil à la execucion de lo que se le mãda por dicha

exe-

executoria, pues conteniendo esta, que se le pague à dicho Colegio de el producto de las Alcavalas de la Villa de Escacena, y de todas las rētas de los Proprios, y hallandose con tantas excepciones legitimas, como impiden su execucion, y especialmente la sentencia de graduacion; que no se avia presentado en el juyzio, de que procediò dicha executoria, pudo antes de executarla, aviendo oìdo primero à Sevilla sobre ellas, y teniendo facultad, como tiene de poder interpretarla, atendiendo à ambos intentos, mandar executarla en los mismos Proprios, y por la misma cantidad que mencionare la executoria; que es la substancia, y fin della, con la qualidad demonstrativa de ser en el residuo (y efectos del desempeño si quisiesse) que despues los gastos de Sevilla, y de su Republica tuviesse, que abrazaba lo preexistente, y preterito, y ya que no sea excesso el no averla interpretado, lo es no aver oìdo, y determinado primero difinitivamente sobre ello, que aver mandado despachar mandamiento de execucion, y embargo contra dichos Proprios, teniendo presente otra executoria contraria, que le obligaba à su interpretacion.

216. Y debiendo conocer el Iuez mixto executor, como lo es el presente, de las legitimas excepciones q̃ se opusieren, excede, sino admite las q̃ lo son, ex D. Salg. *de reg. d.* 4. *p. c.* 3. *n.* 72. y tābien pone *in ead.* 4. *p. c.* 9. *ex n.* 12. *ad* 17. diversas especies de excesso, en q̃ pueden incurrir en la execució dichos Iuezes, como es de re ad rem, de quantitate ad quantitatem, de persona, ad personam, de tempore, ad tempus, en el modo, anteposicion, ò preposteracion en el executor, y otras muchas, que constituyen en nulo lo executado por dicho Iuez.

* 217. Excede dicho Iuez en el grauamen, qualificado que à executado, mandando despachar mandamiẽto de execucion, y embargo contra dichos Proprios, porque componiendose estos de aquellos bienes, que desde la conquista de Sevilla le fueron yendo aplicādo los señores Reyes, como vinculados para sus alimentos, y gastos de su Republica, que queda dicho *sup. ex num.* 132. *ad* 138. y que en la sentencia de graduacion le fueron tambien aplicados en orden à este fin, y no teniendo en ellos Sevilla, sino el vso del producto de sus rentas, que no le alcançan para sus gastos, y de la causa comun, como se ha justificado en los autos, y excepciones opuestas, y consta en el Memorial *n.* 10. & 40. por motivarle con dicho auto de execucion, y embargo la suspension deste vso para lo diario de sus precisos gastos, y de su Republica, que es à todo quanto grauamen se puede extender el de vn apremio despues de vna difinitiva sentencia, y aver opuestoselo assi por excepcion, y justificado antes que lo provèyesse, lo qual es manifiesto excesso en su prouision; porque exceder, y grauar son vna misma cosa, y excede el Iuez que causa grauamen qualificado, como lo es este D. Salg. *d.* 4. *p. cap.* 3. *n.* 76.

218. Y aunque esta question la toca id D. Salg. *ead. p. & cap. in num. 192.* y en otros, dando diferencia entre el excesso, y el grauamen; (además de que los pleytos, y las questiones, aunque suelen parecerse vnas à otras, no tienen tan cercano parentesco, que no se puedan casar sin dispensacion, respecto de las mas, ò menos circunstancias, que se agregan) viene à reducirse à que del excesso puede apelarse, y que deste solo se debe conocer en la apelacion dèl, y que no quita el que aya declarado no excede el Iuez en la execucion de las executoriales, para que despues se pueda dezir contra el grauamen para confirmar, ò revocar lo que despues fuesse determinado, respecto de que la declaracion de que no excede, no es perjuyzio perpetuo, sino reparable, respecto de los grauamenes simples.

219. Pero bien atendida la diferencia referida de grauamen simple, y excesso, y que no porque se declare, que no excede el Iuez, no se niega el grauamen, ni la injusticia en el que le padece, confiessa idem D. Salg. *in num.* 193. que el excesso es grauamen qualificado, y que el conocimiento, y declaració de si excede, ò no, ha de ser sobre la qualidad de lo qualificado, ò simple del grauamen, en cuyo caso resuelve *ead. 4. p. & cap. 3. num.* 78. que aunque no excede, ni haze fuerça el Iuez que no difiere à la apelacion de la execucion de la sentencia, la haze, y excede, sino difiere à la apelacion del grauamen qualificado, ibi: *Et sic licèt executor simpliciter grauet in exequendo, ab eo grauamine appellationi emissæ denegans delationem, non vim faciet, LICET AGRAVAMINE QVALIFICATO CONTRARIVM SERVEMVS.* Conque justificado, como queda, y estàn bastantemente manifiestos los qualificados grauamenes q̃ en este pleyto se le han hecho à Seuilla, por lo que queda fundado, y consta de los autos, el de la execucion, y embargo de sus Proprios, y vso de sus rentas para sus alimentos, y de su Republica, que diariamente necessita es grauamen qualificado, y assi debe declararse.

* 220. Y si al Consejo huviera sido presente el estado de los Proprios, no huviera expedido dicha executoria, antes si se debia esperar de su Magestad, que acudiendo à su Real justificacion, y benignidad concediesse efectos, para que Sevilla, y la causa publica no peligràran en faltar al remedio de las causas, y obras precisas publicas de que necessita su Real servicio.

221. Y constandole, como le consta, y se hà justificado ante dicho Iuez mixto el miserable estado en que se hallan dichos Proprios, excede assimismo en proceder por execucion, y embargo por el daño irreparable que causa la suspension de su vso, en lo qual consiste el daño irreparable, pues aunque tambien lo fuera el mandar pagar à dicho Colegio, y con efecto el pagarle, teniendo bienes Sevilla, ò efectos

de

de que poder en el inter socorrerse, este daño podia repararse despues por los medios que dispone el derecho, para la restitucion de lo indebido, y lo mas irreparable aora, mediante el embargo, es la suspension del vso de sus rentas, por lo diario, y puntual que las necessitan sus gastos notorios, que no pueden dilatarse por lo instantaneo de su vrgencia; y este perjuyzio de no poder hazer oy, lo que no admite dilacion por el tracto succesivo de gastos, que de dia en dia tiene Sevilla, y su causa comun, y publica, y que en el discurso deste pleyto, aunque parezca executivo, es preciso sea dilatado, assi por su naturaleza, como por las tercerias intentadas, y otras que pueden salir, es notoriamente irreparable, y irretractable, y excesso, y opuesta esta excepcion, no solo es modificativa, sino impeditiva de la execucion de la sentencia, como queda fundado *sup.num.*181.*&* 189.

222. Siendo tambien la razon de ser excesso el referido el q̃ ninguno puede ser cõvenido, *nisi in quantum facere potest.* Y esta excepciõ de inopia elide la accion que contra el tuviere el Acreedor, *l.nam lis. ff.de dolo, cap.* Odoardus *de solutionib.*ibi: *Mandamus quatenus si constiterit prædictum Odoardum in totum, vel pro parte non possit solvere debita, sententiam ipsam sine aliqua dificultate relaxetis. & ibi glos.* Y esta es excepcion modificativa, y eo ipso que consta, impide la execucion de la sentencia, *l.Nesennius.§ fin.de re iudic.l.qui id de donation.2.respons.l.ex diverso.§.fin.solut.matrimon l.si filius, quod cum eo:*D.Salg.*d. 4. p. cap. 7. num.*88.*&* 97. y esta inopia se considera, aunque tenga rentas, si es la misma que necessita para sus alimentos, y precisos gastos. D. Covarr. *practicar.cap.*25.*num.*7. *in fin. vers. decimo tertio*; y con particularidad se entiende tambien lo referido en las personas privilegiadas, D. Greg. Lopez *in l.*1.*tit.*15.*p.*5.*verb.Padre, ò abuelo.*D.Covarr.*variar.resol.lib.*2. *cap.*1.*num.*3.*&* 4.

223. Conque constando en dichos autos, y se ha justificado, que las rentas de la Ciudad no alcançan à los gastos precisos suyos, como parece de las certificaciones de sus Contadores, y que es mayor su distribucion, que el valor dellas, y que es tambien notorio, que muchas obras publicas necessarias no se executan, por no poderse ir juntando medios para ellas; porque apenas ay para las regulares, es grauamen qualificado el de la execucion, y embargo referidos; y consiguientemente excesso, y excepcion modificativa que la impide, por no poder ser convenida, *nisi in quantum facere potest.*

224. A que se llega tambien ser Sevilla por Ciudad, y por su causa comun privilegiada para no poder procederse contra ella, *nisi in quantum facere potest*, aunque sea pobre tambien quien le pida, porque no puede competir este con la causa publica, en cuyo favor se le puede quitar à vno lo que es suyo, y solo en favor suyo es interpreta-

ble el derecho natural, *l.fin. & ibi glos.Cod. si contr.ius, vel vtilit.public.* & ibi Bart. & communiter DD. *in l.si quis sepulchrum, de Religios. & sumpt.funer.* y es preferida à la paga, y obligacion de los cōtratos, *l.vtilitas, Cod.de Primipilo, lib.12.* ibi: *Vtilitas publica præferenda est priuatorum contractibus.* Mayormente quando, como queda dicho, està justificado en los autos, y es notorio no haze gasto alguno Sevilla libremente por si sola, sino es con la intervension de su Juez del desempeño, y decreto para que sus librانças se paguen, respecto de lo qual, siendole notorio à este, como lo era, que Sevilla no tenia conque pagar, por ser quien toma tambien las cuentas de sus Proprios, es mayor excesso, y qualificado el de la execucion, y embargo proveydo, porque solo podia proceder contra ella *in quantum facere poterat.*

* 225. Excediò tambien en la providencia que diò, porque debiò primero determinar sobre esta excepcion, y no executar dicha sentencia, liquidando antes hasta quanto se podia extender su execucion, y podia pagar Sevilla, y para ello le sobraba despues de sus alimentos, y gastos de la causa comun, por tocarle expressamente el conocimiēto destas excepciones liquidatorias, y computatorias, ex textu (que le llama rotundo, y al proposito famoso) D.Salg. *in d.4.p.cap.7. n.46. & 47. in l.cum fideicommissum. de confessis.*

226. Es, pues su especie, que vn heredero confessò judicialmente, que debia vn fideicommisso que avia dexado el testador, cuyo pago se cometiò à vn Juez arbitro (que la glossa le llama delegado) y que resistiendose este heredero de pagarlo, porque era incierto el deberse, entra el Consulto questionando la causa de no deberse, y lo que este Juez podia executar; y resuelve, que si este heredero, se escusaba de pagar, diziēdo, que no estava obligado à pagar este fideicommisso (aunque avia cōfessado deberlo) porque el testador no lo avia dexado, que no puede absolverlo este Iuez, sino el mandante, pero que si se defendia diziendo, que el testador no dexò bienes para pagarlo, ò que èl como heredero avia pagado por el testador, y gastado todo lo que avia dexado, que puede darle por libre, ibi: *Si vero quia testator solvendo non erat, aut quod hæres omne æs solutum esse apud Prætorem dixerat, & cum controversia, & computatio dificilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio suo, eum absoluturum, has enim partes eius esse, vt si in computatione nihil inveniatur, posset absolvere, sed ex superiori casu ad Prætorem remittere debeat, vt absolvatur.*

227. Y prosigue *in eod. num. 47.* diziendo: *Hactenus de aurea, & mirabili dispositione, quam exclamant Paul, de Castr. & cæteri DD.* y concluye: conque el executor dado para la execuciō de la sentencia, aunque no puede determinar sobre los meritos de la causa principal, bien puede conocer sobre las excepciones modificativas, computatorias, y

liqui-

liquidatorias,y si el mixto las reiiziere excede, ibi: *Si executur mixtus reijciat,excedat; & à reiectione appellationi non deferens vim facere manifestam declarabitur.*

228. Y atendido el caso presente con el texto referido,y doctrina deD.Salg.son vna mesma especie,porque en el texto se halla confiesso el heredero que debia el fideicommisso; en este litigio se halla confiessa Sevilla en la obligacion de la deuda deste tributo, mediante la escritura de contrario presentada. Alli dixo tambien el heredero ante el superior,que no dexò bienes el testador conque pagarlo,ò que lo que avia dexado,lo avia consumido en pagar deudas del testador. Aqui dixo en el Consejo Don Francisco de Arce ( gastando , como queda dicho el nombre de Sevilla) que esta no tenia de donde pagar, porque sus Proprios los tenia aplicados para sus alimentos. Alli no se tomò por el Superior conocimiento,porque no se justificò ante èl,si dexò bienes,ò no el testador,ò estavan consumidos en otras cosas los que avia dexado , sino se le cometiò à aquel Juez su execuciõ. Aqui sobre la alegacion de alimentos,y que los tenia consumidos,y aun no alcançaban para ellos , no se determinò nada , ni liquido , ni se hizo mencion dellos en la sentencia del Superior , sino considerando mas que dificil su decision , se despachò executoria de dicha sentencia à este Iuez mixto,sin duda para que la controversia alegada de no aver caudal preterito de sus Proprios para pagar,ni aun alcançar al presente para sus alimentos,la oyesse. Alli lo que resolviò el Consulto en la ley referida , fue , que en quanto à lo que miraba à la confession que hizo de deber el heredero aquel fideicomisso , y respecto de que negando la deuda infringia lo disputado,y mãdado por el Superior,que este Juez executor lo remitiesse al Superior,porque miraba à la causa principal para que lo absolviesse , pero que en quanto ha si no dexò bienes el testador , ò los tenia consumidos el heredero en pagar deudas de aquel , si en esta computacion , y liquidacion no hallasse este Juez de donde pagar el fideicommisso , lo pudiesse dar por libre, ibi: *Vt si incomputatione nihil inveniatur,posset absolvere.*

229. Luego bien pretende Sevilla , y funda el excesso deste Juez mixto executor, pues aunque se le cometiò la execuciõ de dicha executoria , debiò conocer primero aviendo presentadose ante èl la sentencia de graduacion (que no le constò al Consejo , aunque se alegò) en que se justifica que el Principe , y Consejo que le despacharon facultad para obligar sus Proprios à la paga deste tributo, essos mismos en juyzio contencioso con la parte interessada en dicho tributo ( que aun es caso mas estrecho,que el del texto referido)quedando esta vẽcida,se los separaron à Sevilla por sentencia en la de graduacion, pronunciada por dicho Domingo de Zavala,que se confirmò,y aprobò,

como

como queda dicho, y en todas las comissiones se repite dicha aprobacion, aplicando para la paga de dicho tributo en dicha sentencia, y aprobacion el residuo que quedasse despues de sus gastos, y de su Republica, y los efectos concedidos para ello.

230. De que se prueba, respecto del texto referido, y doctrina de el señor Salgado, que es Iuez competente dicho Iuez mixto para ante el aver Sevilla opuesto sus excepciones, y debiò averla oìdo sobre esta excepcion modificativa computatoria, y liquidatoria, reconociendo si avia residuo en sus Proprios para executar dicha sentencia en èl, y no en todos ellos con la execucion, y embargo.

231. Y si à esto quisiere dezirse, que por no averla antes oìdo, y determinado difinitivamente, no excede, pues el oìrle reservò para los diez dias de la ley, tiene de respuesta, que aunque despues dellos diesse à dichos Proprios por libres de la paga de dicho tributo, no la escusaba del gravamen qualificado, en que à excedido mediante la execucion, y embargo del vso, que de su producto le quita, que como queda dicho, es à todo quanto puede extenderse la execucion de dicha sentencia.

232. Y tambien puede responderse con la doctrina d.D.Salgad. *d.4.p.cap.6.num.*21.ibi: *Quod executor etiam merus tenetur admittere exceptionem nouam, & nouiter ortam, quæ si à iudice mandante cognita fuisset, ab executione supercederet, ac pariter executor eius supercedere debebit.* Entendiendose esto antes de principiar el gravamen qualificado (que es excesso quando se causa) de la execucion, por ser mejor ocurrir en tiempo à obviarle, que despues de padecido, ex vulgar. *Melius est intacta iura* (como lo es la sentencia de graduacion, y aprobacion) *servare, quam post vulneratã causam remedium quærere.l.vlt.in fin. Cod. in quib. caus.in integr.restit.l.*1.*Cod.quãd.liceat vnicuique*, para no experimentar Sevilla superjuyzio tan costoso, aunque al fin de vn dilatado pleyto, lograsse favorable exitò, teniendo en el inter tambien el desconsuelo de la falta de su vso, pudiendo dezir con Ovid.*lib.*1.*tristium.Eleg.*3.

*Et quàm quàm serò, clypeum post vulnera sumo!*

* 233. Assiste iure proprio assimesmo à Sevilla para no ser exequible dicha executoria ser para alimentos el valor de sus Proprios, que le fueron aplicados por la sentencia de graduacion, y aprobacion referidas, y esto tan sin duda, como se prueba, *ex l.* 4. *&* 6. *de cession. bonor.* conteniendo la ley 4. que el deudor que hizo cession de bienes, si despues adquiriò otros, puede bolversele à convenir por la deuda, pero no en mas que *in quantum facere potest.*

234. Pero la ley 6. dize, que estos bienes se han de considerar por la cantidad, pero no por la qualidad, como si al deudor se le dexaron piadosamente algunos bienes por razon de alimentos, que no se le

po-

podian bolver à quitar, ni privarle dellos, y que lo mismo se entendia, si para lo mismo se le huviesse aplicado algun vsufructo, el qual solo fuera bastante para alimentarse, ibi: *Et putem: ex quantitate id æstimandum esse eius quod quæsiit. dummodo illud sciamus: si quid misericordiæ, causa ei fuerit relictum, putà menstruum, vel annum alimentorum nomine; non opportere propter hoc bona eius iterato venundari, nec enim fraudandus est alimentis cotidianis*; y prosigue, diziendo: *IDEM EST, SI VSVSFRVCTVS EI SIT CONCESVS, VEL LEGATVS, EX QVO TANTVM PERCIPITVR, QVANTVM EI ALIMENTORVM NOMINE SATIS EST.*

235. Y fundado como queda por notorio, q̃ los Proprios que tienen las Ciudades, Villas, y Lugares son generalmente para sus alimẽtos, y de la causa comun, y el origen tambien de los de Sevilla, concurriendo demas de lo general, la especialidad de averse aplicado los que al presente tiene por executoria, y cosa juzgada en el pleyto de su concurso, en que litigò con 974. Acreedores que tenia, y en que se le vendieron los que nuevamente avia adquirido, no se puede *iterato* bolver à proceder contra ellos, sino es reglandose à la sentencia de graduacion, que es puntualmẽte lo mismo que se manda por la ley 6. referida: *Ex quo tantum percipitur quantum ei alimentorum nomine satis est*; en el residuo despues de sus gastos, y esta excepcion es modificativa, y no infringente, para no poder aver podido executarse la llamada executoria, sino es en dicho residuo, y si està justificada ante el Juez mandante le obligara à sobreseer, mucho mejor procede en el executor, ex D. Salg. *d. 4. p. cap. 6. n.* 21. con los demàs que cita.

236. Y si mandada executar en dicho residuo, no le huviesse, esta computacion, y liquidacion debe, como queda fundado, controvertirse antes, y hallandose que fue el animo del Juez que diò la sentencia, y del Rey, y Consejo que la aprobaron, aplicar à Sevilla estos Proprios, regulado su valor en 18. qs y mas, y tener de valor al presente apenas 8. deberia assimesmo sobreseer en su execucion, respecto de necessitar Sevilla, no solo de todo èl, sino de pedir à su Magestad le dè otros efectos de que cumplirlo, porque los alimentos crecen, ò se minuyen, conforme la necessidad del alimentado, aunque los tenga por tassacion, y la aya consentido. Surd. *de aliment. tit.* 5. *q.* 7. *n* 58. Gratian. *discept. forens. tom.* 2. *cap.* 232. *num.* 5. Rot. *decis.* 431. D. Salg. *d.* 4. *p. cap.* 7. *num.* 88. *& seqq.*

* 237. Sin que suponga si de contrario se quisiera dezir; que estas excepciones se alegaron en el pleyto, y que sin embargo saliò la executoria referida, porque ademàs de no aver cosa juzgada, como queda fundado, quando la huviera, y quedasse vencida la Ciudad, se pueden oponer despues de la sentencia al tiempo de su execucion;

principalmente quando, aunque fueron deducidas en el juyzio, no fueron legitimamente probadas. Barbos. *in l. maritum 13. solut. matrim. num. 47.* Alexand. *cons. 66. num. 4. lib. 5.* Boer. *decis. 43. num. 2.* D. Valenç. *cons. 133. num. 42. tom. 2.* D. Salg. *d. 4. p. cap. 7. num. 65. & seqq.* cum multis quos refert.

238. Y tambien pueden deducirse al tiempo de la execucion, porque aunque se alegassen en el juyzio principal no se determinò especifica, y expressamente contra ellas, y sobre ellas en la decision de la sentencia, y asi no causa efectos de cosa juzgada, y oponiendo aora esto por excepcion, modifica lo executivo de la sentencia sin obstarle la cosa juzgada, ex text. expresso *in l. quod in diem. §. si rationem de compensationib. cap. ei qui. §. difinitiua 2. q. 6.* Vant. *in titul. qualit. sentent. null. repar. poss.* id. D. Salg. *d. cap. 7. num. 69. ad 87. & num. 75.* ibi: *Etiam si in iudicio principali fuerit opposita, non tamen super ea pronuntiatum.* Tusch. *practic. conclus. tom. 3. lit. E. cõclus. 381. num. 37.* Marescot. *variar. resolut. lib. 2. cap. 112. à num. 18.* ya sea oponiendola por via de accion, ò excepcion, *eod. cap. 7. num. 81.* ibi: *Qui in exceptione succumbit, non prohibetur illud in alio iudicio per viam actionis, aut exceptionis proponere, quando super illa exceptione iudicatum non fuit, & non erat ex diametro contraria.*

239. Y asi aunque gastandose el nombre de Sevilla se dixesse en el Consejo, que Sevilla tenia concurso de Acreedores, y que la renta de los Proprios que posseìa era para sus alimentos, no expressandose en la sentencia el averse mandado, que sin embargo de su aplicacion à dichos alimentos, se pagasse del producto de aquellos dicho tributo, no le pueda obstar à Sevilla como cosa juzgada dicha sentencia, para poder averse opuesto à su execucion con esta excepcion, para que por via modificativa se suspẽdiesse, y fuesse oìda primero sobre ellas, para determinar en lo que avia de ser exequible.

240. Pruebase esto tambien de la diferẽcia de juyzios que questiona Garcia *de nobilit. gloss. 8. §. 1. num. 16. vers. Adverte igitur.* sobre las sentencias absolutorias, excepciones de la cosa juzgada, y acciones personales, y Reales, diziendo, que Pedro, v.g. puso demanda à Iuan por vn fundo que dixo era suyo, y probò el derecho que tenia à èl, y que Iuan dixo, que no posseìa tal fundo, y no probò Pedro lo contrario; en cuyo caso dize Garcia, que el derecho se probò, pero no la intencion, que era la que primero debia probar, antes que tocasse el derecho, *ex l. officium de rei vindication.* y al contrario.

241. Y en el num. 17. dize, que por no aver probado Pedro la intencion, quedò Iuan absuelto, pero que puede bolver al mismo juyzio Pedro contra Iuan, y que no le puede obstar à Pedro, ni oponersele la excepcion de la cosa juzgada, ibi: *In hac absolutoria propter intentionem non probatam, nihil obstat exceptio rei iudicatæ, nec impeditur*

*actor rursum eandem rem eadem actione petere, & reus tenetur illi omnino respondere, nihil obstante absolutoria*, fundandolo *in cap. examinata de iudicijs*, ibi: *Vnde intentionem tuam, &c.*

242. Conque debiendose entender lo mismo en el Reo absuelto, que en el condenado, para valerle, ò no, la excepciō de la cosa juzgada, regulando la doctrina de Garcia al caso presente; aparitate, aut similitudine, el Colegio probò su derecho cō la escritura de imposission, y D. Francisco de Arce (ni Seuilla, porq̄ no saliò al pleyto) no probò, ni la intencion, ni derecho q̄ tenia Sevilla à dichos Proprios, para q̄ dellos no se pagasse dicho tributo, ni otro alguno de no cabimiento, ni viejo, sino solo del residuo despues de cumplidos todos los gastos de su Republica, y causa comun, y aunque esto por mayor se alegase en el primer juyzio, que passò al Consejo, ni esta intencion, ni el derecho de ser primero Acreedor à dichos Proprios se justificò; ni se presentò dicha sentencia de graduacion. Conque no aviendo probado dicho D. Francisco de Arce la intencion de su defensa; ni Sevilla (quando huviesse litigado) aunque huviesse sido vencido dicho Don Francisco, ò Sevilla sobre el derecho de dicho Colegio, puede vsar aora desta excepcion para oponerla, y no obstandole, como no le obsta la cosa juzgada, basta no averla oìdo, y determinado primero sobre ella, y executarla, para que aya excedido en la execucion; y embargo proveìdo.

* 243. Además de que el caso presente est noua lis, porque ay nueva persona que litiga, respecto de que Sevilla no ha litigado en este pleyto, y quando huviera litigado, ha sido su disputa sobre vna accion personal, y hipotecaria, en que se pretende quedò executoriado aver sido vencida, y aora sale oponiendose como tercero administrador de la causa comun, y publica, y perjudicado en el mandamiēto de execucion, y embargo mandado despachar, por el interes que esta tiene en ellos con prelacion à todo tributo, que vienen à ser distintas personas. Es aora tambien otra cosa la que se litiga; porque es como primer Acreedor à dichos Proprios por sus alimentos en virtud del instrumēto nuevo que ha presentado de la sentencia de graduacion referida, aprobada por el Rey, y su Consejo, consentida por todos sus Acreedores, y observada mas ha de 85. años; y de los de dicha causa comun. Y es diversa la causa, porq̄ es sobre si ha de ser exequible dicha executoria, y tenerse por vēcida Sevilla (no aviendo litigado, ò aviēdo) en vna obligacion personal, y hipotecaria, q̄ es la que ha seguido solo dicho Colegio, para obstarle à Sevilla, teniēdo en su favor la executoria en contra referida q̄ ha opuesto, en que fue vencido con otros Acreedores dicho Colegio, q̄ son las tres identidades que obstan à la cosa juzgada, abren, y rescinden el juyzio que la componen, que

por

por ser tan legal, y notorio lo referido se omite su prueba, y passim se halla in D.Salg.en diversas partes de sus tratados, & præcipuè *in labeʀynt.1.p.cap.1.fere per totum, & in alijs quam plurimis capp.*

244. Lo qual en el primer juyzio, ni se litigò, justificò, prosiguiò, huvo conocimiento de causa especial, defensa, ni fue vencida Sevilla sobre estos diversos Articulos, en cuyos terminos dixo Bald.*in l,receptitia.Cod.de non numerat.pecun.num.5.* ibi: *Quia in primo iudicio non potuit discuti ista negativa, & illud quod est indiscussum non intelligitur sententialiter determinatū.*Socin.*cons.94.n.7.col.2.n.3.* Noguer.*allegat.18. num.*48.D.Salg.*in laberynt.d.1.p.cap.1.num.51.*

245. Y assi no aviendose deducido, ni disputadose en el primer juyzio las excepciones que vàn fundadas, y especialmente sobre la sentencia de graduacion, y grado primero dado à Sevilla, sino solo la accion personal, y hipotecaria de su obligacion por dicha escritura, no ay cosa juzgada contra ella en las excepciones referidas, aun caso negado que huviera litigado, y assi no puede valerse de excepcion de cosa juzgada dicho Colegio, y por causa nueva que aora deduce Sevilla en fuerça de dicha sentencia de graduacion, tercera administradora de dichos Proprios para la causa comun, y primer Acreedor à ellos, elide la llamada executoria, y impide su execucion.*l.quoties.Cod. de iudic.*Noguerol.*vbi sup.*Surd.*cons.312.num.10.*

246. Y la sentencia se entiende pronunciada solo sobre la causa deducida en el libelo, que fue sobre la obligacion personal, y hipotecaria contraìda por Sevilla, y sobre que el Mayordomo de Proprios pagasse à dicho Colegio las decursas de dos años, y dos tercios cumplidos fin de Agosto del año de 1686. (que en la sentencia tambien se propasò el Juez contra lo pedido, à mandar se le pagasse dicho tributo con generalidad) *gloss.in l.hæ enim causæ.de suspect.tutorib.l.si quis ad exhibendum.de exception.rei iudic.*Noguerol.*allegat.15.17.n.49.*D.Salg. *laberynt.vbi sup.num.54.& de reg.protect.4.p.cap.8.num.249. & n.294.* ibi: *Et tum etiam, quia sententia intelligitur lata ex qualitate, & causa in libello deducta, quamvis in eadem sententia non exprimatur.*

247. Y despues de aver dicho id. D.Salg.*de reg.protect.4.p.cap.3. num.196.ad 205.& cap.7.num.116.* que controvertida vna causa sobre que cayò la sentencia, que puede el que saliò vencido deducir otras, y que para su disputa no le obsta la cosa juzgada, toca tambien afirmativamente lo mismo *in laberynt.d.1.p.cap.1. ex num.28.* y dize *in n.31. & seq.* ser practica comun lo referido en todos los Tribunales, ibi: *Quia super noua causa contra non deducta, nec lis fuit contestata, nec adversarius fuit instructus, vt se possit defendere cōtra, opponere eam, & forte probare, & ita communiter in supremis Tribunalibus quotidie practicamus.* Y en el num. 37. haze distincion entre las acciones personales,

y

y Reales, y dize, que al vencido en la accion perſonal, no le obſta para poder vſar de otras, ibi: *Quibus adde mirabilia iura diſtinguētia inter actiones perſonales, & actiones reales, vt in illis ſi ſimpliciter agatur, & vna cauſa deducatur, & proſequatur, poteſt victus iterum ex alia agere.*

248. Pero en el num. 40. reſuelve con Magiſterio, y conſilia la diverſidad de las leyes, y Autores que parece que la tienen, conteniendo las vnas, que ſe pueden deducir nuevas cauſas deſpues de la coſa juzgada, no obſtandole eſta, y otras lo contrario, con la *l.25.tit.2.p.3.* verb. *Non la puede. poſt. med.* por la qual ſe decide, que ſi el primero juyzio ſe ſiguiò, y proſiguiò por vna cauſa, y en ella huvo coſa juzgada, que eſta no impide que contra ella ſe puedan deducir otras nuevas, repitiendolo aſsi *in n.*41. ibi: *Nam ſi proſequutio fuit ſpecialis in vna cauſa tantum* (como en el caſo preſente ſobre la accion, y obligacion perſonal, y hipotecaria de Sevilla) *& in ea condemnatus actor, poterit poſtea ex alijs cauſis agere ſpecialiter non deductis, nec proſequutis, de quibus nec fuit actum, NEC CAVSÆ COGNITIO ADHIBITA; & ſic ei noviter agenti non obſtat rei iudicatæ exceptio*; y que aſsi deben entenderſe *l.ſi mater.§.eandem, & §.ſi quis. l. & an eadem cauſa. §.2. & l.2.§.*Latinus largus de exception. rei iudic.

249. Siendo para ello tambien la razon, que eſte nuevo litigio, y excepciones que deduce aora Sevilla eſt alia res, y à otro fin del diſputado antecedente, *l.duobus diverſis de except.rei iudic.* ibi: *Et nihil novum, & validum adiecerit, ſine dubio obſtabit.* Boerio, *deciſ.*19.*num.*9.*& deciſ.*43.*num.*2.*& ſeqq. & deciſ.*53.*num.*3. Gratian. *in regul.*348. *n.*12. *poſt med.* Paul. Caſtrenſ. *in d.l.duobus.* idem D. Salg. *d.*4.*p.cap.*7.*num.*70. *in fin.* ibi: *Secus ſit, ſi primo ad vnum finem, poſt modum verò ad alium effectum diverſum opponatur, quia tunc etiam poſt ſententiam eſt admittenda.*

250. Y en el inter que ſe diſputara, ſi eran las opueſtas por Sevilla excepciones infringentes, ò modificativas, tales que pedian la execucion de la ſentēcia, no debiò mandarſe deſpachar el mandamiento de execucion, y embargo, ſino dexarle libre el vſo de las rentas de ſus Proprios, haſta que ſobre la exiſtencia, ò no, de dichas excepciones eſtuvieſſe difinitivamente decidido, porque lo contrario ſeria notorio deſpojo; à la manera que al que ſe le manda reſtituìr la caſa, por ſentencia que paſsò à exequible, puede retenerla *iure retentionis*, por las expenſas que hizo en ella, ſi en el litigio principal, no ſe avia controvertido, ſino ſolo el punto de la reſtitucion, y ſobre èl cayò la ſentencia, *ex l.domum.Cod.de rei vindic.*

251. Y otros Autores lo adelantan, diziendo, que aun deſpues de la ſentencia, y juyzio principal puede oponerſe ſi ſobre eſta excepcion no ſe pronunciò, Paul. de Caſtr. *conſ.*166.*viſis actis.col.*3. Cardin. Thuſc. *practicar.concl.tom.*3.*litt.E.concl.*381.*num.*37. citando muchos

& Seq. prot.

DD. y decisiones de Rota, D. Salg. *d. 4. p. cap. 7. num. 75. & seqq. & ex num. 81. ad* 84. donde *ex d. l. quod in diem. §. si rationem de compensat.* concluye *d. num. 84. & seq.* tratando de dicha excepcion de retencion, diziendo, ibi: *Quoniam cum sit exceptio modificatiua, si de illa iudicatum non fuit, reservata censetur ad executionem sententiæ, condemnato, à qua numquam intelligitur reprobata, quando est compatibilis cum sententia, & ipsa sententia subsistere potest absque reprobatione exceptionis*; con mucho numero de Autores que cita.

252. Y adelanta mas esta excepcion *in d. 4. p. cap. 13. ex num. 59. ad 62.* con muchas decisiones de Rota, y Autores, diziendo expressamente, que la excepcion de retencion referida suspende la execucion de la sentencia, *etiam si de ea fuerit oppositum in principali iudicio, dummodo de ea non fuerit iudicatum.* Y que puede la parte grauada en no admitirle esta excepcion apelar de su grauamen, porque es tan legitima excepcion, que aunque se ofrezca por el actor deposito, ò se dè fiança de pagar las mejoras de la casa, luego que se liquide su cãtidad, no ha de ser oìdo, y à de ser mantenida la retencion.

253. Conque respecto de lo referido, si mandada por sentencia restituir la casa al verdadero señor della, se retiene su tradicion por los gastos hechos en ella por su posseedor, mas legitimamente debe retener Sevilla el vso, y vsufructo de sus Proprios mientras se litigan las excepciones deducidas, porque si en la sentencia de remate (que tanta dilacion es preciso aya hasta que llegue este caso) saliesse condenada à pagar este tributo, son bastantes sus efectos para satisfacerlo breve el mismo Iuez del desempeño, y si absuelta, avia padecido en este interin dilatado el grauamen qualificado de su despojo, y privacion assimesmo la causa comun de lo que necessitasse, de que resulta el excesso en el Iuez, que queda fundado, pues si este le ay en el despojo de la casa si se executasse, aunque se deposite, ò afiançe la cantidad que importaren sus mejoras, mucho mayor lo es, suspenderle con la execucion, y embargo à estas partes interessadas el interes de sus alimentos que no admiten dilacion, *& celerem præstationem, & executionem desiderant. l. fin. de appellat. recip l. si instituta. §. de inoff. ff. de inoff. testam.* Surd. *de aliment. tit. 8. privileg. 60. num. 5.* Natta. *cons. 409. num. 5. lib. 2.* D. Salg. *3. p. cap. 1. num. 1. & per quam plurimos.* con muchos Autores que cita. & Seq. protect.

254. Cuyo priuilegio de alimentos es tan grande, que le llamò notable, Surd. *de aliment. d. tit. 8. q. 96.* diziendo, que si se apelare de averlos señalado, ò de la cantidad de su monto, no se oye al apelante, sino paga primero los alimentos, sin aguardar al sucesso de la apelacion, y assi quando esta se admite es con la clausula *sine retardatione præstationis alimentorum,* vel *sine præiudicio legitimæ executionis*; porque

no

no tiene efecto ſuſpenſivo, ſino devolutivo. Barboſ.*in l. 1. ſolut. matrim. 1. p. ex num. 56. & 57. fol. mihi* 217. D. Caſtill. *controverſ. lib. 3. cap. 27. num. fin.* idem D. Salg. *vbi ſup. num. 2. cum ſeq.* diziendo tambien *in num. 5. Satis enim conſulitur alimentario ablata ſuſpenſione, & impedimẽto, ita vt ſtatim incipiat alimentis frui, non ſpectato fine litis, QVO QVIDEM PARITER SATISFIT RATIONI LEGVM, ET DOCTORVM IN RE HAC ASSIGNATÆ, vt ſcilicèt, venter non patitur dilationem, vt dum cauſa appellationis cognoſcitur, poteſt creditor fame perire, et ideò appellationis pars illa, et effectus deletur tantum, qui huic rationi contrarius eſſet, et dilationi cauſam præbere potuiſſet.* Y lo miſmo ſon los de Sevilla.

255. Aſsiſtiendo à Sevilla tambien otra razon para la retencion del vſufructo de ſus Proprios; porque las deudas ſe juſtifican, ò por la confeſsion del deudor, ò por probarlas el Acreedor. Rodrig. *de execut. cap. 6. num.* 11. Gutierr. *practicar. lib.* 1. *q.* 112. *num. 2. et* 3. y eſtando confieſſo dicho Colegio, y juſtificado en los Autos que ha cobrado eſte tributo de las rentas de dichos Proprios deſde el año de 656. haſta el de 83. importã mas de 24ꝗ. ds, los percebidos, y quando Sevilla le tiene reconvenido, para que ſe los reſtituya, y à la cauſa comun, y publica, para los gaſtos preciſos de que eſta neceſsita, en diverſas entradas de Sevilla, que en el Ivierno ſe trafican con grande trabajo de los comerciantes, y abaſtecedores, reparos de ſus murallas contra las invaciones de ſu Rio, y tan grande, y preciſa limpieza como eſte neceſsita, (obras todas tan coſtoſas, que por la cortedad de la Real hazienda no ſe ha acudido à eſta à repreſentarlo, y pedirlo) es exceſſo expreſſo de dicho Juez el ſuſpenderle el vſo de ſus Proprios antes de aver tomado conocimiento ſobre ſus exepciones, porque eſtas no infringen, ni revocan la autoridad de la ſentencia in puncto iuris, ſino ratione æquitatis modifican, y ſuſpenden ſu execucion.

256. Y eſta defenſa no eſtà hecha en el pleyto principal, aſsi por que Sevilla no ſe defendiò, como porque D. Franciſco de Arce no la deduxo, y ſiendo tambien, como queda fundado, los Proprios de Sevilla de Mayorazgo, y vinculados, *ſup. ex n.* 132. *ad* 38. el deſcuydo, y indefenſion, como eſtà baſtantemente juſtificado, aunque huviera ſido parte legitima dicho Don Frãciſco de Arce para aver ſeguido el pleyto, no le puede parar perjuyzio al legitimo pòſſeedor. *l. ex contractu de re iudic. l. ſi perluſorio de appellat. l. ſi ſervus plurium.* §. 1. *et* §. *ſi quis ante delegat.* 1. *text. ſingularis in l. ſi ſponſus.* §. *ſi vxor. 2. verſ. ſi modo cum animum de donation. inter. vir. et vxor.* D. Covarr. *cap.* 13. *col. fin. in fine.* Ant. Gomez *in l.* 40. *Taur. n.* 73. D. Molin *lib. 4. de primog. cap. 8. num. 7. et ſeq.* & eius Add. *ibid.* D. Caſtill. *tom. 5. cap.* 157. *num. 22. 26. et* 27. P. Molin. *diſp.* 647. *num.* 5.

257. Que ſea el Juez executor mixto, y no el mandante à quien

toque este conocimiento, y determinacion se prueba expressamente, *ex l. à Diuo Pio. §. si super rebus*, aliàs, *si rerũ 4. et §. quod si res 5. de re iudic.* cuya especie es, averse mandado à vn Juez executor hazer pago à cierto Acreedor de los bienes del deudor, y queriendo para ello despẽder alguna prenda de sus bienes, saliò vn tercero diziendo, q̃ era suya, y dize el texto, que debiò tomar, y tomò conocimiento, y se la aplicò al q̃ por entonces pareciò era suya, ibi: *Sed sciendum est eos summatim cognoscere debere*, y no la vendió, ni aplicò para el Acreedor, atendiendo en execucion de su mandato, y cosa juzgada primero, à quien pertenecia, y cuya era aquella prenda, sin perjudicar al Acreedor, ni al deudor, ibi: *Sic evenit, vt omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat.* Siendo el motivo que tuvo para darsela à quien justificò que le tocaba, el que no la infringia, ni faltaba à la cosa juzgada, porque al Acreedor no le quitò nada de el derecho que tenia contra el deudor, ni à este le escusò nada, ni diò por libre de lo que debia al Acreedor, ni le constituyò al que se la restituyò en dominio directo de la prenda, dexando abierto el juyzio para que con conocimiento mas disputado, se executasse lo conveniente, ibi: *Non eius sit, qui controversiam mouit, non eius cuius nomine capta est, nec eum cui restituta est statim per sententiam habere debere, si forte iure ordinario cœperit ab eo res peti.*

258. La especie del §. 5. es averse despachado comission à vn Juez executor para hazer pago de los bienes hipotecados de vn deudor à su Acreedor, querer venderlos, y salir otro Acredor anterior pignoraticio tambien, y aver tomado conocimiento dicho Juez de sus creditos, hipotecas, y anterioridad, y hallando que el Acreedor que ante èl saliò era de mejor derecho, vendiò los bienes (aũque no queria que se vendiessen el Acreedor contenido en su comission) y hizo pago primero al Acreedor, que justificò ser anterior, y del residuo hizo pago al Acreedor de su comission en execucion suya, cõque no faltò à executar lo mandado, ni perjudicò à quien tenia mejor derecho, ibi: *Tamen in iudicati executionem servatur, vt si emptorẽ inuenerit res, quæ capta est, qui dimisso priore creditore superfluũ solvere sit paratus, admittenda sit huius quoq; rei distractio, nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisdatum.*

259. De que se prueba, *ex d.* §. 4. tres cosas: que el Juez mixto executor es Juez competẽte, y debe oìr las excepciones de terceria, o otras legitimas que ante èl se deduxeren, y determinar primero sobre ellas, que execute la sentencia. Que puede aplicar al que halla que es legitimo interesado lo que conoce no debe aplicar al Acreedor, aunque lo sea tambien. Y que le queda jurisdicion para oìr à los colitigantes para determinar, y executar lo mandado en lo que fuere exequible.

260. Y se prueba tambien, *ex d.* §. 5. que saliendo Acreedor de

me-

mejor derecho à oponerse no à la sentencia, ni cosa *juzgada*, sino à su execucion, por resultar en su perjuyzio; debe el Iuez mixto executor oìrle, y suspender la execucion, y conociendo ser mejor derecho el suyo, aplicar à este lo que le toca, y executar la sentencia en aquello que restare de los bienes del deudor.

261. El caso deste pleyto, es el que contienen dd.§§. sin necessitar del sufragio de la ley *nam ad ea de legib.* porque se halla cometido à vn Iuez mixto, hazer pago à dicho Colegio de las decursas de vn tributo, à que se obligò Sevilla cō hipoteca general de sus Proprios (pero notese tambien que Sevilla no ha sido Rea en el pleyto convenida, ni condenada à la paga, ni persona alguna) y que antes, ò al tiempo de querer executarse entre otras excepciones que deduxo, ha sido, salir ante dicho Iuez à impedirlo con la terceria de alimentos, que por la sentencia de graduacion, y aprobacion del Rey tiene señalados en todos sus Proprios en mayor cantidad que al presente fructificā, y tambien como legitima administradora de la causa comun, y publica de su vezindad, y obras publicas de su encargue, que ambas causas producen efecto suspensivo, debiēdo oìr la sobre dichas tercerias, y como antiquissimo, y primero Acreedor à sus Proprios summatim dexarselos, y conocer de su residuo para en este executar su comission, en que no infringia, sino tomaba conocimiento modificativo sobre ella, para reglarse à las disposiciones de derecho, à su misma comission, al privilegio de los alimentos, y al que compete à la causa publica.

262. Y aviendose propassado, obrando contra derecho, y extra modum, & formam de su comission, à despachar mandamiento de execucion, y embargo contra sus Proprios, y que anduviessen en pregones como si fuessen libres, ha excedido, y causado el grauamen qualificado de quererla despojar del vso, y vsufructo de sus rentas, à no aversele suspendido el refugio contra su excesso, començando atropelladamente, aun por donde no pudiera acabar, que prohibe la ley 1. *Cod. de execut. rei iudic.* ibi: *Nimis propere iudex pignora Marcellæ capi, ac distrahi iussit, prius est ergo, vt servato ordine actionem adversus eam dirigas, & causa cognita sententiam accipias.* Despojandola desde luego de el vso de sus rentas, excesso tan manifiesto, que non indiget probatione.

263. Y en la execucion del Iuez extra modum, & formam suæ comissionis, anteponiendo, ò por mejor dezir, procediendo contra los alimentos de Sevilla, y su causa comun; que no tienen competencia, ni los incluyera la sentencia à averle sido presente al Consejo, ha cometido notorio excesso. *l. ab executione. Cod. quor. appellation. non recip.* D. Salgad. *d. 4. p. cap. 3. num. 73. 74. 104. & seqq. & 126. & cap. 13. num. 60.*

264. Sin que obste *d.l.ab executione,* que se citò de contrario à la vista deste pleyto, que dize, que si se apelare de la execucion de la sentencia, se suspenda esta, pero que si es cosa mueble la mandada restituir por ella, se sequestre, y si immueble, se sequestren sus frutos dexando la prenda immueble en poder de su posseedor, y menos obsta la ley *postea quam de re iudicata,* que dize, que el Iuez aviendo sentenciado, no puede reponer lo proveìdo, porque *siue bene, siue male iudicauerit functus est officio suo.*

265. Porque à lo primero se responde, que la apelacion causa regulariter solo efecto devolutiuo, dexando al Iuez en terminos de competente, que puede confirmarse lo mandado de que se apelò, y en el inter debe assegurarse lo executado, pero el excesso causa ambos efectos; porque en el excesso se dize abuso, defecto, y incompetencia en lo executado, en cuyo caso graua el Iuez, y deste grauamen no puede resultar efecto de sequestro, ni otro alguno, fuera de que mayor sequestro, que el govierno, y disposicion del mismo Iuez del desempeño! Y à lo segundo se responde cum *l.quod iussit.eod.tit.de re iudic.* que el Iuez aviẽdo determinado difinitivamente functus fuit officio suo, pero los autos, ò sentencias interlocutorias puede reponerlas por contrario imperio, *ex d.l.quòd iussit,* lo qual no se entiende solo con el Iuez ordinario, sino tambien con el delegado por caso incidente, ò emergente, como lo advierte la gloss. *in d.l.quod iussit.* Y assi declarandose excesso en este Iuez delegado mixto, no se le priva de la jurisdicion, para que despues pueda por contrario imperio reponer lo mandado.

266. Y menos obstan los capitulos *Pastoralis.§.quia verò de offic. & potest iud.deleg.cap.de cætero. de sent.& re iudic.* y la Clemẽtina vnica *de sequestrat.posses.* en que se le niega al Iuez executor la facultad de poder conocer, sino de executar, ò remitir al superior; porque esto se entiende en el merò executor, como assi lo nota la gloss. *in d. §. quia vero.* verb. *Et si sciat,* cõ el numero de textos cõq̃ los concuerda; pero no en el mixto, como es el Iuez presente, y en quãto à remitir al Superior, es quando la infringe, ò se presume maliciosa la oposicion, como queda dicho *sup.ex n.*192.*ad* 195. y assi consta de la misma Clementina vnica, ibi: *Ad compescendam litigantium malitiam.* Barbos.in collect. *in d.cap.Pastoralis.§.quia vero,* pero *in num.*14. lo limita, diziendo, que esto no se entiende tambien quando consta por la misma sentencia ser injusta, ò contener intolerable error. Nauarro *in cap.cum contingat. remed.* 4. *num.* 1. *de rescript.* en cuyo caso impune puede resistirsele la execucion, *ex l.prohibitum.* & ibi *gloss.* verb. *resisti. Cod.de iur.fisc.lib.*10. y lo mismo siente *in d,cap.de cætero.*

267. Conque queda concluyentemente probado, que el Iuez mixto executor, como es el presente, le es competente, y debe admitir

las

las excepciones legitimas que se opusieren ante èl para impedir la execucion de la sentencia, y de las tercerias, que para su impedimento se intentaren, como expressamente patet *ex d.l. à Diuo Pio*§.4. *& 5.de re iudic.& d.l.cum fideicommissum de confessis*. D.Couarr. *practicar.lib. 15. n. 9.vers.hinc aptissime,& vers.ego vero seq.* llevando, y confessando por comun opinion, ex multis Autoribus, que la terceria intentada suspende la execucion de la sentencia, aunque el tercero huviesse tenido noticia del litigio precedente, y no saliesse à èl, y *in cap.16.n.4. vers.sed huic distinctioni*, no solo dize, que esto se entiende en el tercero que sale à impedir la execucion de la sentencia, y es verdadero señor della, sino que basta que estè posseyendola, para que ò se le restituya, ò no se le despoje sin oirle.

268. Dando la razon *in d.cap.16.num.3.vers.Tertia solet.* que es el final, diziendo, que si la execucion de la sentencia fuesse tan precisamente exequible, que no pudiera por el tercero perjudicado suspenderse, seria executarse, no contra el vencido, sino contra el que no litigò, ni le vencieron, ibi: *Tertia solet traddi species, quando tertius, qui contendit impedire executionem sententiæ, asseuerat rem petitam esse penes ipsum, & se possessionem eius habere. Etenim hoc in casu, dubio procul non est executioni traddenda: cum hic tertius rei petitæ possessor nondum fuerit victus ab eo, qui petit executionem, alioqui non fieret executio contra victum, sed contra ipsum tertium, qui nusquam litigauerit, nec victus fuerit.* probandolo *cum d.l.à Diuo Pio.d.*§.4. *& in cap.cum super de re iudic.* & ibi Barbos.*in collect.n.5.& 6.* por ser el primer juyzio *res inter alios acta*, que no perjudica al que no ha litigado, *l.sæpe, & cap.penult.de re iudic.* y concluyendo *in d.cap.16. num.5.* despues de referir otras opiniones, en q̃ esta excepcion avia de oponerse ante el Iuez mandante, *à quibus*, dize, *discedo libenter*, en que se han de oponer ante el Iuez mixto executor.

269. Y D.Larrea, *decis.* 82. aunque al principio parece habla del Iuez requisito ab æquali iudice, si puede admitir la excepcion de terceria, oir, y determinar sobre ella, *ex num.* 4. passa à tratar sobre les executoriales del Superior, y dize con muchos Autores que cita, que puede el Iuez executor dellas conocer sobre su execucion, saliendo tercero à oponerse à ella, porque entonces no se disputa sobre los meritos de la causa principal, ni se opone à la sentencia del Iuez Superior, ò igual, sino iure proprio procede en orden à la execucion cometida, y en executarla, pero no en perjuyzio de tercero, porque esso no puede contener lo mandado; y *in num. 9.* dize, que assi fue decidido en la Real Chancilleria de Granada, dando entre otras por razon, que dexando la sentencia integra, se debe oìr al tercero, que se opone diziendo ser suyos los bienes, que en fuerça de dicha executo-

ria se quiera executar en ellos, y que no debe molestarsele al interessado, remitiendo este juyzio de terceria al Iuez requirente; cuya razon milita tambien para con el Iuez mandante, pues no infringe la sentencia, ni su autoridad el oir para executar obediente, ò subdito todo aquello en que es exequible la sentencia, cuyo animo, y mente se debe entender assi, ex doctrin. D. Salg. *d.4.p.cap.6.num.*21.

270. Añadiendo d. D. Salg. *ead.p. & cap.num.* 75. que hiziera injuria al contradictor el Iuez que remitiesse al Superior el conocimiẽto desta terceria, pudiendo el tomarle, y determinar sobre ella, ibi: *Tamen ex æquitate concors est omnium opinio, in re hac sufficere tertio oppositori, coram executore iudice requisito, proponere, & allegare, res, & bona, quibus fit executio, propria esse, nec debere in illis fieri executionem, cum alias posset executor cuilibet tertio oppositorio, & contradictori iniuriam facere, qui non ita facile posset ad iudicem requirentem accedere, cum forte is longe absit à loco executionis.* Y dize lo mismo *ead.p.cap.7 num.*43.

271. Y Bobadill. *in Politic. lib.2.cap.*20.*ex num.*47. asintiendo à lo mismo, extiende el conocimiento aun del Iuez mero executor, quando sobreviniesse causa que moviera al Iuez mandante ha no aver sentenciado assi (como và referido por doctrina del señor Salgado) ò la sentencia fuesse dada por Iuez incompetente (como tambien queda fundado respecto del Iuez del desempeño en el primero juyzio, por aver excedido de la comission. Y del Iuez mixto dize *in num.* 58. que puede conocer de todas las excepciones concernientes à la execucion de la sentencia, y pronunciar sobre ellas, *ex d.l. à Diuo Pio.* §.4. *de re iudic. d. l. si Prætor.* §. *Marcellus de re iudic. & l. fin. Cod. si cõtra ius, vel vtilit.* pero no para conocer de excepciones de nulidad, y otras que se mencionan, y parece se excluyen *in d.l.*4. *tit.* 17. *lib.*4. *recopil.* à que queda satisfecho *sup. ex num.*74. *ad* 101.

272. Y con expression en caso de tercero opuesto à la execuciõ de la sentencia de revista del Consejo, Chancillerias, y Tribunales Superiores, dize D. Salg. *in laberynt. d.*3.*p.cap.*1. *n.*168. que no obsta *d.l.*4. *tit.*17. *lib.*4. *recopil.* ni otras semejantes, y dà la razõ, ibi: *Tamen non ademit* (hablando de dicha ley 4.) *casus legitimos tangentes causam, & iustitiam principalem, & ius partium principale, ex quibus de iure communi, ac Regio infringi solet res iudicata, eiusque effectum, & executionem impediunt, vel alias rei iudicatæ, vires eneruant, aut cessare faciunt, inter quos, & iste de quo loquimur numerandus ex tot iuribus ita permittentibus, de quibus nec loquitur, d.l. Regia, nec de eis aliquid disposuit, nec innouauit; idcirco nec ad eos tanquam correctoria, et limitata trahi potest, nec extendi, sed intacti remanet sub dispositione iuris communis.*

273. Y passa *in num.* 49. à exceptuar de dicha ley 4. la oposicion del tercero, con quien no se litigò la causa, diziendo, ibi: *Porque aunque*

*la*

*la cosa estè comprehendida en la executoria, entiendese posseyendola el Reo vencido, y no si el tercero que no lo fue, ni litigò con èl, la posseyesse*; y que asi debe entenderse, *l.3.tit.27.p.3.* y otras que cita, y Autores. Y tambien dize, que la nulidad por defecto de citacion està excluìda por dicha ley 4. respecto de ser contra el derecho natural, y que està excepcion la puede oponer, no solo el tercero perjudicado, sino tambin el mismo principal que quedò vencido.

274. Y en el num.50. dize, que lo mismo procede, si el pleyto se huviesse tratado sobre accion personal, y se executasse al deudor en bienes que este posseyesse, à los quales vn tercero mostrasse tener mejor derecho, en cuyo caso dize se impediria la execuciõ por la oposiciõ del tercero, *ex d.l. à D.Pio.§.4.de re iudic.* & ex D.Couarr.*d.cap.19.n.4.*

275. Y à demas de los textos, y doctrinas, en que se ha fundado la justicia que asiste à Sevilla, està decidido lo mismo por diversas executorias en los mismos terminos en casos semejantes à este litigio, que refiere D.Salg.*in laberynt.3.p.cap.1.num.*54.55.118.*& fere per tot.* asi en el punto de que la cosa juzgada se abre por nuevas causas, en que concurra qualquiera de las tres identidades de nueva causa, nueva persona, & alia res. Y para fundarlo se asienta que el juyzio del concurso de Acreedores es practico, y estilo inconcussamente observado, que los Acreedores presentan todos los instrumentos de su credito, por los quales se instruye el animo del Iuez para determinar sobre su justificacion, declarandoles por Acreedores, y dandoles grado à cada vno, de cuya sentencia, sino apelan sibi imputent, y passa à cosa juzgada, y se tiene por consentida, *l.1. Cod. si sepius in integr. restit. postulet*, ibi: *Appellare enim debuistis, si sententia vobis displicebat.* Y el mismo efecto causa si se apela, y se confirma, y si se dize contra ella despues, obsta por excepcion de cosa juzgada, que haze de lo blanco negro, y de lo negro blanco, *l.si non sortem.§.hæredi de condiction.indeb.* D.Salg.*vbi sup.num.*25.*& seqq.* Mascard. Surd. & alij ab eo relati.

276. Pero si el juyzio fuere disputado entre los Acreedores solo sobre sus creditos, y acciones, si son personales, ò hipotecarias, y passare sobre esto su determinacion à cosa juzgada, puede bolverse à este juyzio por los mismos, sobre la prelacion del grado, que es nueva causa, si expresse, & plene no se ventilò en el primer juyzio, ni sobre ello cayò la sentencia sin obstarle la cosa juzgada, y es como se entienden *dd.l.duobus.l.penult. §.Latinus Largus de exception.rei iudic.* y comun opinion el que es menester averla deducido, y litigado antes de la sentencia para que pueda obstar. Ant. Gom. plures referens, *in l.45.Taur. num.*159. Mexia *in l.Regia Tolet.de los terminos, in 9.fundament.1.p n.13 & seqq.* siendo la razon: *Quia aliud tunc petitum, aliud nunc, ex l.mater. §.si quis inter de exception.rei iudic.* y de no obstar la excepcion *quoniam*

 *alia*

*alia res est.l.si ex testamento eod.* porq̃ quando se ventilò aquel juyzio, y se diò aquella sentẽcia, no se disputò por las partes; ni en el Iuez huvo animo de decidirlo, *quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset.l.si cum testamento, eod.* y poder en vn mismo litigio sobre diversas causas, ser vno mismo vencido en vnas, y vẽcer en otras; *quia singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec vna earum, alterius petitione vitiatur.* text. celebr. *l. & an eadem §.2. eod. de exception. rei iudic.*

277. Es, pues, entre otras que dexa mencionadas D. Salg. la que refiere *ead. p. & cap. num. 55.* que obtuvo D. Geronimo de Vera contra el Conde de Alva de Aliste, en cuyo litigio su hecho fue: que dicho Conde siendo posseedor de dos Mayorazgos, el vno del Estado de Alva de Aliste, y el otro de Villada, impuso con facultad Real vn censo sobre los bienes de Villada (que era à los que se dirigia la facultad) à favor de D. Geronimo de Vera, y obligò por la general todos los bienes de sus Mayorazgos, vsando en la escritura de imposicion de la denominacion de Conde de Alva de Aliste.

278. Aviendo muerto este se dividieron los dos Mayorazgos en distintos sucessores, y el que sucediò en el de Alva de Aliste formò concurso de Acreedores por el año de 1619. y en èl se le diò grado à dicho D. Geronimo, que fue cobrando los reditos de su censo hasta el año de 641. que se moviò pleyto entre este sucessor, y dicho D. Geronimo, sobre no deberle pagar las decursas de dicho tributo, y pidiendole tambien la repeticion de las que avia percebido desde que sucediò en dicho Mayorazgo de Alva de Aliste.

279. Fundabase este nuevo sucessor, en que quando se le declarò por Acreedor à dicho D. Geronimo, y se le diò grado en la sentencia, no se controvertiò mas que la imposiciõ, y la deuda de las decursas, però no la afeccion de los bienes en que se avia fundado dicho tributo, padeciendose en los Iuezes equivocacion en la personalidad enigmatica de dicho Conde, que comprehendia la de Alva de Aliste, y la de Villada, sin averse disputado la distincion de los bienes de dichos Mayorazgos, ni tomadose en ello pleno conocimiento, quando en aquel juyzio primero del concurso se diò la sentencia de graduacion; y que siendo nueva causa la deducida, no le podia obstar la excepcion de la cosa juzgada de la sentencia de graduacion, y grado dado à dicho D. Geronimo de Vera, mayormente quando este juyzio nuevo era sobre la separacion de bienes de dichos Mayorazgos.

280. Fundabase tambien dicho Conde en que era mediante su puesto falso el aver obtenido dicho D. Geronimo dicha sentencia contra los bienes juntamente del Mayorazgo de Alva de Aliste, constandole, como le constava, que eran la finca de su censo los de Villada, à quien solo se dirigia la facultad Real. Y assimesmo en la *minus plene defensio* del dicho Conde su antecessor.

Y

281. Y el dicho Geronimo de Vera despues de aver vsado de la excepcion dilatoria de no tener obligació à responder, opuso por peremptoria la de la cosa juzgada, que tenia en su favor en virtud de su instrumento guarentigio de imposicion, afirmandose siempre en ella en sus alegatos, y pidiendo que en su execucion se le avia de condenar, y mandar à dicho Conde le pagasse dicho censo, porque la sentẽcia, y grado dado en su favor debia entenderse tambien con los bienes de dicho Estado de Alva de Aliste.

282. Y sobre las excepciones entre otras, y defensa referida, dize D.Salg.*ead.p.3.cap.1.num.*78. que se diò sentencia en la Real Chancilleria de Valladolid por ocho señores Juezes, que se hallaron à la vista de dicho pleyto, *vnanimiter*, asintiendo à que no obstava la cosa *juz*gada alegada, y en que se fundava dicho D. Geronimo, declarando no deberse pagar dicho censo de los bienes de dicho Estado de Alva.

283. El hecho, y caso presente deste pleyto entre dicho Colegio de Bornos, y Sevilla, y sus defensas son verosimiles al hecho, y caso referido, y para no dexar nada à la duda que quiera redarguir, se dà por assentado, como queda fundado, aũque sea repeticion, que la sentencia de graduacion dada por dicho Domingo de Zavala es cosa juzgada para con todos los Acreedores de Sevilla, porque fue no solo consentida por estos (en que està incluso este tributo de D. Perafan de Ribera, que se graduò tambien) sino que fue confirmada, y aprobada por el Rey, y la junta de su Cons*ejo*, y que està en practica observancia mas ha de 85. años, y que della no se trata aora en este discurso, sino de la que se pretende executar como executoria del Cons*ejo*, adequandola à la que queda referida, que obtuvo dicho Don Geronimo de vera, que en dicha Real Chancilleria no fue mantenida.

284. Pues si en aquel caso se defendiò, y tuvo por cosa juzgada dicho Don Geronimo la sentencia que obtuvo contra los bienes del Mayorazgo de Alva de Aliste, y contra ella mediante las excepciones que este opuso, fueron declarados por libres de la paga de dicho censo, aparitate rationis, aut similitudinis deben no ser executados, ni embargados los Proprios de Sevilla para pagar el censo que pide dicho Colegio de Bornos, *ex d.l.nam ad ea de legib.* ni obstarle la cosa juzgada por dicho Colegio, si lo es.

285. Porq̃ lo disputado por dicho Colegio con D. Francisco de Arce, como queda dicho, fue sobre vna acciõ personal, y hipotecaria, que deduxo contra el Mayordomo de los Proprios, q̃ prosiguiò, y cõsiguiò contra estos, y lo deducido por Sevilla aora en nuevo *j*uyzio, y oposicion, son las excepciones que quedan fundadas, cuya repetion se omite brevitatis causa, que todas son nuevas causas que no se controvirtieron, disputaron, constaron, y legitimaron en estos autos, pues ni aun

aun prueba ſe concediò en ellos à Sevilla,ni ſobre ellas ſe tomò pleno conocimiẽto,ni en la prelacion del primer grado dado àSevilla,prefiriendola à ſus Acreedores de tributos de cabimiento , y de no cabimiento,y viejos por razon de ſus alimentos,ni tampoco de las perſonalidades de Sevilla enigmaticamente incluìdas en ella,de Ciudad,de Acreedora por alimentos para ſus precíſos gaſtos internos de las perſonas que en ſu ſervicio,y de la cauſa comun eſtàn ocupados,y gaſtos de pleytos ( ſiendo lo menor en todo el ſalario de ſus Regidores , que apenas es de ocho ducados en cada vn año,que ſi faltã à dos funcciones publicas de las aſsiſtencias à algunas devociones que tiene votadas,ſe le gloſſan en la Contaduria,y baxan,por proviſsion del Conſejo,que aſsi lo manda,y ſe aplican por limoſna à cierto Hoſpital) Y de Adminiſtradora de los proprios que le fueron aplicados tambien para alimentos de la cauſa comun,y publica,ni en la diviſion, y ſeparacion de bienes computatorios,y liquidatorios,para executar en ſu reſiduo dicha ſentencia de dicho Domingo de Zavala , en que no eran contrarias.

286. Las quales ſon excepciones modificativas que ſe admiten deſpues de la coſa juzgada,que no la impugnan , ſino la modifican,y à la manera que al heredero que fue condenado à pagar las deudas de el teſtador no ſe puede apremiar à que las pague de ſus bienes , ſino de los de la herencia , cumpliendo con manifeſtar el inventario que dellos hizo,para librar los ſuyos,que baſta,vt optime Gratian.*diſcept.* 28.*num.*28.*cum ſeqq.*D.Salg.*in laberyut.*3.*p.cap.*11.*num.*93. aſsi Sevilla, aviendo preſentado aora ante dicho Iuez mixto executor la ſentencia,y executoria referida de dicho Domingo de Zavala, en que conſta que los Proprios que tuvo,y tiene ſon los antiguos , y que deſde ſu conquiſta ſe le fueron aplicando por los ſeñores Reyes , para los alimentos referidos , cuyo reſiduo fue tambien conſignado por dicha ſentencia,para q̃ dèl ſe fueſſe dando ſatisfacion à los tributos viejos,y de no cabimiento,y de los demàs efectos del deſempeño,debiò tomar conocimiẽto ſobre ello,y atendiendo à la demanda pueſta por dicho Colegio ſobre ſupueſtos no ciertos,pues le conſtava, que dichos Proprios eſtavan conſignados para dichos alimentos , debiò aſsimeſmo ſobreſeer en ſu execucion,no obſtandole la coſa juzgada ; pues dicha executoria no ſe huviera expedido,à aver conſtado lo referido,y legitimadoſe en el Conſejo,y debe conſiderarſe no huvo conſentimiento en los Iuezes,que la expidieron.Rot.*deciſ.*743. *&* *deciſ.* 412.apud Cenſium *poſt tractat.de cenſib.*Noguerol. *allegat.*140. *n.*25. D.Salgad. *in laberynt.d.*3.*p.cap.*1.*num.*89 *&* 99.

287. Y no aviendoſe legitimado en el Conſejo, las excepciones aora deducidas,no pudo tomar ſobre ellas pleno conocimiento,y por

eſta

esta causa no tenerse por cosa juzgada su decision, ni q̃ sobre ellas se determinò, no expressandose en la sentencia, y consiguientemente no obstar. Paul. de Castr. *cons. 91. in causa appellat. num. 8. & in l. num. 7. de ordin. cognit.* Donell. *in commentar. lib. 16. cap. 15. in fin.* Castill. *cõtrovers. tom. 4. cap. 40. num. 110. ante fin.* Hondedeus *cons. 29. num. 40.* ibi: *Nec adversatur non sufficere examinata exceptio, cum etiam requiratur, vt iudex vlterius expresse reprobauerit talem exceptionem, condemnando reum, non obstante tali exceptione opposita.*

288. Ni es admirar, que los señores del Consejo confirmassen la sentencia del Juez del desempeño, asi por la razon que và dicha *supr. num. 37.* como por lo desnudo de defensas, y instrumentos de justificacion, conque en todas instancias se hallò este pleyto, pues aunque se alegaron los alimentos, no averlos justificado le pusieron en las equivocaciones, y confusion que pudo motivar cõfirmar dicha sentencia, no considerandose sus Proprios, bienes concursados, ni alimẽtarios, si cabe en los Juezes Superiores lo que dize D. Salg. *in d. 3. p. laberynt. cap. 1. num. 85.* ibi: *Quia stanti confusione, & æquivocatione facillime decipi potuerunt, & debuerunt iudices ad sentiendum D. Hieronymum esse creditorum ad bona Status de Alva, super quibus Comes possessor concursum formauerat.*

289. Y esto se prueba, de que no siendo, como son extraños los concursos de Acreedores en las Ciudades, Vniversidades, y Comunidades, ò formados con licencia del Principe, ò sin ella. §. *si quis autem authent. vt determinat. sit numer. Clericor.* D. Salg. *in laberynt. 1. p. cap. 1. num. 49. & eod. §. 2. num. 1. & 57.* pero no pueden enagenarse, ni venderse sin licencia del Principe. *l. 11. tit. 7. lib. 7 recop.* & ibi Azeved. *n. 4.* Avendañ. *de censib. cap. 68. num. 3. & per tot.* Bobadill. *in Politic. lib. 3. cap. 8. num. 82.* en cuyo caso se les señalan por el Juez de sus mismos bienes alimentos para mantenerse. *l. 1. tit. 15. p. 5.* D. Couarr. *variar. resolut. cap. 1. num. 6.* Baeza *de inope debitore, cap. 17. num. 33. & 67.* Y aunq̃ la cantidad que se ha de señalar es à arbitrio del Juez, este debe atẽderla segun la facultad de sus bienes, y valor de sus rentas, y segun la qualidad, y dignidad de la persona. *l. 2. tit. 9. p. 4.* ibi: *E esto debe cada vno fazer segun la riqueza, è el poder que huviere, catando todavia la persona que lo huviere de aver.* D. Salg. con vna columna de Autores, *d. p. 1. cap. 24. ex num. 12. ad 16.* aunque despues *in num. 19. ad 22.* asintiò à que la asignacion, y tassacion de alimentos, debia ser en atencion à la necessidad, y tambien de la cantidad de las deudas, y Acreedores, fundandose en q̃ à estos no debia perjudicar, señalandole mas alimentos que los justos.

290. Pero Baeza *in tract. de inope debitor. cap. 17. num. 67. & 68.* dize, que los alimentos se han de señalar, segun la qualidad de la persona, ibi: *Alimenta autem iuxta personæ qualitatem relinquenda, alia enim*

 *assig-*

*assignanda nobili, alia ignobili.* dando mas adelante la razon en lo que toca à los nobles, ibi: *Durissima autem paterentur, si relictis tantum alimentis naturæ necessarijs, cogerentur dignitatis suæ præinopia iacturam facere, qua ratione verissimum est, hoc verbum: FACERE POSSE* (que es solo en lo que pueden ser cōvenidos los privilegiados) *æstimandum iuxta cuiusque dignitatem argument textus, & gloss.in verb. dignitate, in l.nepos Proculo de verbor.signif. l.tutor secundum dignitatem de administ.tutor.Cepolla, &c.* prosiguiendo *in num. 69.* diziendo, que nò contenia lo contrario, *l.fin.tit.*11.*p.*4.en la palabra, ibi: *Le finque alguna cosa de que viua*, queriendo inferir della, que *alguna cosa*, se entēdia que avia de ser poca cantidad; porque debia entenderse, segun la qualidad del alimētado, ibi: *Sed certe non nego aliquid relinquendum, sed iuxta dignitatem, nam quod rustico est multum, nobili est parum: & sic secundum qualitatem cuiusque erit particula*; esta es, *alguna cosa*.

291. Y D.Salg. haziendole fuerça la doctrina de Baeza referida, y afirmandose en la oposicion que llevaba, de que los alimentos debian señalarse los que eran necessarios para sustentarse, respecto de la necesidad, pero no de la qualidad de la persona, la procura temperar *in d.cap* 24.*num.*23. *& seq.* diziendo ser doctrina verdadera la de Baeza, pero que debia entenderse, quando los alimentos se pedian *iure actionis, legati, aut officio iudicis*, dando la causa, ibi: *Quoniam illo casu ea petunt ab ijs, qui tenentur præstare, & ad ea sunt obligati.*

292. Pero *in d. cap.*24. *num.* 30. *& seq.* despues de aver assentado que las Ciudades, Causa comū, la Iglesia, y Vniversidades que tuvierō concurso, no pueden ser convenidas, sino es in quantū facere possunt, dize, que por esta razō se le deben señalar todos aquellos alimentos de los bienes suyos concursados, q̄ necessitaren para sus publicas, y precisas necessidades, porq̄ no la padezcan contra vtilidad publica, y falten las Ciudades à las funcciones publicas de su obligacion, porque la vtilidad publica es preferida à la particular, y que es practica indubitable en todos los Tribunales, señalarles alimentos, no solo de sus Proprios bienes, sino tambien de los publicos, ibi: *Iis vero adiungere vales, Ciuitatem, Populum, Ecclesiam, seu Vniversitates, quas pro ære alieno gravatas ad formandum concursus iudicium admitti diximus supra cap.* 1. *n.* 49. *et in* §.2. *per totum, vt computentur inter personas, quæ vltra quam facere possunt, non conveniuntur; atque ideo eisdem vniversitatibus assignantur ex suis bonis concursus alimenta pro suis publicis, et præcisis necessitatibus, ne contra publicam necessitatem ægestatem patiantur, publicisque functionibus ne deficiant, QVIA PVBLICA VTILITAS PRIVATÆ SEMPER PRÆFERTVR, ET VARIJS IVRIS PRIVILEGIJS DECORATVR, in quo vltra non progredior, cum constantissima, et indubitata praxis sit omnium Tribunalium, et etiam inferiorum notissima, semper assig*

*nan-*

*nantium alimenta Populis, et Vniversitatibus iudicium concursus*, EX SVIS BONIS PROPRIJS, ET PVBLICIS FORMANTIBVS.

293. Conque se prueba concluyentemẽte la confusion, y equivocacion conque se procediò en la vista destos autos, y asimesmo en lo substanciado dellos, y lo indefensa que estuvo Sevilla, sin que por su parte se justificasse, y diesse à entender que los Proprios que tenia eran consignados para sus alimentos en virtud de dicha sentencia, y no se huviera confirmado, ni pudiera la del Juez del desempeño, por ser cosa juzgada aquella, siendo asi, que aunque no los tuviera consignados, y aora tuviesse principio su concurso, no pudiera ser convenida, *nisi in quantum facere posset*, como privilegiada, y por la dignidad, y qualificacion que le compete, asi para su grandeza, como por cabeza de Reynado, que tiene autoridad de Grande. Giurb. *de feud.* §. 2. *glos.* 13. *num.* 62. D.D. Pedro de Salcedo *in theatr. honor. glos.* 46. *n.* 56. *in fin.* ex Bobadilla, ibi: *Es de tanta vtilidad la Congregacion de vna Ciudad insigne, que es Metropoli, y cabeza de Provincia, que tiene authoridad de Grande, y como tales les escriven los Reyes dandoles cuenta de las cosas, y negocios arduos.*

* 294. Y tiene asimesmo en su favor Sevilla otra disputa controvertida, y decidida, que refiere, idem D. Salg. *in laberynt. d.* 3. *p. cap.* 1. *num.* 185. diziendo, que vn deudor formò juyzio de concurso, concurrieron todos sus Acreedores, y deduxeron sus creditos, por sentencia se les diò grado, y se le vendieron sus bienes para hazerles pago, y despues algunos de dichos Acredores, que con efecto no quedaron satisfechos, pusieron demanda al posseedor de vna finca de las vendidas obligada al saneamiento de sus censos, pidiendo que le reconociesse, obligandose apagarle, ò dexasse la prenda, y que fue vencido dicho posseedor, y en execuciõ de la cosa juzgada pagò algunos años las decursas de dicho censo; y esto se siguiò, sin aver citado al deudor comun en este juyzio.

295. Despues estos mismos bolvieron à reconvenir à este deudor comun para que les pagasse dicho censo, y los venciò, dandole por libre de la paga, y à este exemplo se le diò por libre tambien al q̃ reconociò el censo. Cuya question, y disputa es adequada al caso presente, porque aviendo formado Sevilla concurso de Acreedores, se le vendieron todos aquellos bienes nuevos, que por si avia adquirido, y muchos oficios que nombrava por propria regalia, y otras cosas à que tenia derecho, que se hizieron tambien vendibles, que montò mas de 900U.ds. con los quales, y los Iuros en Alcavalas, y Almoxarifazgos, que su Magestad avia dado à Sevilla por Proprios tambien en pago de las cantidades que Sevilla avia tomado à censo, y servidose su Magestad dellas, y passado à cuerpo de su Real hazienda, se les pagò à aquellos Acreedores que se diuidieron en la graduacion, y se nominaron

naron tributos de cabimiento; porque cupieron ſus principales en el monto de lo referido, quedandoſe ſin ſatisfacion los que nò avia fincas vendibles para poderles pagar, reſpecto de que los Proprios que quedaban extantes no ſe podian, ni debian vender, por quedar conſignados para ſus alimentos, y de la cauſa comun, como todo queda dicho, y juſtificado.

296. Conque aviendo ſalido aora dicho Colegio (vno de los Acreedores que entonces fue incluido, y graduado en dicho concurſo) aviendo obtenido la execucion referida contra las Alcavalas de la Villa de Eſcacena, y contra todos ſus Proprios, y los que eligieſſe, que pueden conſiderarſe fincas ſimiladas à las que menciona dicho ſeñor Salgado, no debe cauſar, como no cauſò, en aquel caſo, excepcion cõtra el derecho de Sevilla de coſa juzgada, no ſolo por tantas razones, y nuevas cauſas, como quedan juſtificadas, ſino tambien porque à la manera que aquel deudor comun venciò à aquellos Acreedores, que litigaron con èl en el primer juyzio por averles graduado por ſus creditos, en el primero, quedando en fuerça de coſa juzgada, lo que entonces ſe decidiò, aunque con efecto no alcançaron los de ſus bienes à la ſatisfacion, ſe debe conſiderar vencido dicho Colegio, como lo quedara ſi Sevilla, que era el deudor comũ, huvieſſe litigado, y aviendo ſalido aora por ſu indefenſion, perjuyzio, y daño irretractable, y cõ nuevas cauſas à impedir la execucion de dicha executoria, ò como deudor comun que venciò en aquel juyzio primero que quedò por coſa juzgada, ò como Acreedor por ſus alimentos, ò como adminiſtradora de los de la cauſa comun, y publica, debe ſer oìda primero, como lo fue aquel deudor comũ, y como ſe dieron por libres aquellas fincas afectas à aquel cenſo, cuyo poſſeedor lo reconociò ſin embargo de la coſa juzgada, y debe impedirſe aora la execuciõ de dicha executoria, haſta que ſea Sevilla oìda, y determinadoſe ſobre ſus nuevas cauſas, y excepciones, porque ſi de oìrla en ellas, debe reſultar ſalir vẽcedor Sevilla de ſus Acreedores, à quienes ſe les hizo pago inſolutum en ſus grados, à vnos, con las fincas de ſus cenſos hipotecados, à otros, con lo procedido del valor de ſus bienes vendidos, y à otros, con las conſignaciones, y efectos que ſe deſtinaron para ſu paga por no aver otros efectos de que ſatisfacerles; de no averla oìdo, y de aver mandado lo contrario dicho Juez mixto, procediendo, executando, y embargando ſus Proprios, excede.

297. Y los fundamẽtos de los Acreedores referidos ſon los miſmos en que en Eſtrados de contrario ſe quiſo esforçar la pretenſion de Bornos, fundandoſe en la coſa juzgada referida, que fue de no pequeña admiracion al miſmo D. Salg. lo abſoluto deſte ſentir, *eod. cap. 1. num.* 128. ſiendo la razon para que no obſtaſſe la coſa juzgada, que ſe obtu-

obtubo en este caso referido destos Acreedores, que vencieron al posseedor de la finca, para que ò reconociesse el censo, ò dexasse la finca, la misma ay para el presente, que es, aver concluido el juyzio, y vencidos, y graduados los Acreedores en el juyzio de su concurso, pagandoles de los bienes vendidos, ò en fincas consignadas, ò no alcançando los bienes, ni fincas para algunos, dexarlos graduados, por que la satisdacion, ò satisfacion producen vn mismo efecto, *d.l.1.qui satisdar.cogant.* y mediante esta, cessando, como cessa, la accion personal; cessa tambien la hipotecaria, que huviesse contra las fincas deste deudor comun, *ex d.l.credisicem, Cod.de remission.pignor.* siue solutum sit debitum, siue eo nomine satisfactum, *d.l.cum colonus* 14. *quib.mod. pignus, vel hypoth.solvant.* y ser contra la buena fee, que lo pagado vna vez por Real paga, datio in solutum, ò consignacion in solutũ tambien que segunda vez se pueda bolver à pedir, *ex reg.vulgar. bona fides de regul.iur.* que no tiene falencia por ser absoluta, y entenderse lo mismo en los Acreedores, à quien no alcançaron los efectos de los bienes del deudor comun, para que no aviendo buelto à mejor fortuna de adquisicion de otros, no se le pueda molestar, ni inquietar en segundo juyzio, con las mismas causas, y sin novedad en ellas de lo que en el primero se deduxo, y justificò, y sobre que cayò la cosa juzgada.

298. Y à la manera que competiò à aquel q̃ reconociò el censo, y lo pagò, no obstante *d.l.4.tit.17.lib 4.recop.* la cõdiccion *indebiti*, la *sine causa* para repetir lo pagado, *ex l.rem mihi.l.incõmodato.§.fin.l.cõdictio 66 de condict.indeb.d.l.4.§.condemnatũ de re iudic.l.si et me, & Titium.si cert. petat.l.servus quẽ 31.de actione empt.l.eum qui.Cod.quod cũ eo.l.1.Cod.eod.* compete à Sevilla, poder repetir lo que de sus Proprios, y en perjuyzio de la causa comun apercebido dicho Colegio desde el año de 657. y no à otro Acreedor alguno, *l.stichus 67. § fin.de condict.indeb.* ibi: *Titius cum multos creditores haberet (in quibus, & socium) bona sua privatim vẽditione facta, Mæuio concessit, vt satis creditoribus faceret, sed Mæuius solvit pecuniam Seio tanquam debitam, quæ iam à Titio fuerat soluta. Quæsitum est: si postea reperiantur apochæ apud Titium debitorem partim solutæ pecuniæ; cui magis repetitio pecuniæ indebitæ solutæ competit, Titio debitori, an Mœuio, qui in rem suam procurator factus est? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, ei qui postea solvisset.*

299. De cuyo texto expressamente se prueba, que aviendo por la sentencia, y cosa juzgada de Domingo de Zavala quedado à cargo de los Juezes del desempeño satisfacer los creditos de los tributos viejos, y de no cabimiento del residuo de dichos Proprios, despues de los alimentos, y gastos referidos, y de los efectos concedidos para el desempeño de Sevilla, lo que apagado su Mayordomo sin su noticia, sino cõ la colusion referida, le toca à Sevilla repetir; porque mediante la con-

ſignacion que por dicha coſa juzgada le quedò hecha en dichos efec-tos, que fue lo meſmo que ſatiſdacion, debe ſer reſtituìda en lo que de ſus Proprios indebidamente dicho Colegio à cobrado.

300. Y ſi lo indebido puede repetirlo, mas juſtamente puede mediante las nuevas excepciones deducidas reſiſtirſe para no pagar lo que en virtud de dicha executoria ſe pretende aora, y en adelante, vt optime d.D.Salg.*in d.3.p.laberynt.cap.1.num.*148.ibi: *At quando adhuc non ſo luit, poteſt rei iudicatę executionem libere impedire, actione de dolo, et exceptione quod petis intus habes. text.in d.l.1. Cod.de re iudic.* Gratian. *diſcept.forenſ.diſcept.*408.*num.7.et ſeq.* Porque aviendo ceſſado la cau-ſa, en el caſo de no pagar el cenſo aquel que lo reconociò, por la libe-racion del deudor comun, y aviẽdo ceſſado aſsimeſmo la cauſa de po-der tener efecto dicha executoria, por las excepciones nuevamente deducidas, y ſentencia de graduacion preſentada, ſe impide la execu-cion que à lo referido fuere contraria idem Salg. *num.* 49. ibi: *Tamen poteſt ex condictione ſine cauſa, quaſi ea ceſſante propterquam fuerat con-demnatus, ad impediendam tamen executionem in futurum, tertius ille ſe tueri adverſus rem iudicatam*, diziendo, que es *ratione ęquitatis*. Gratian. *vbi ſupr.* Fontanell.cum plurimis quos citat.*d.deciſ.*177.*num.*8.*et ſeqq. et num.*150.y en el num.141.dize, que es excepcion modificativa.

301. En cuyo caſo de ceſſar la cauſa, ni el deudor, es deudor, ni el Acreedor, Acreedor, *l.ſi tamen de except.rei iudic.* Gratian.*diſcept.fo-renſ.diſcept.*445.*num.*11.Fontanell.*deciſ.*126.*num.*19.*et deciſ.*176.*n.*16. *et ſeq. et deciſ.*177. *num.* 15. *et deciſ.*365. Avendañ. Valaſc.*conſult.*56. *num.*6.*cap.*1.*num.*151.

302. Y Gratiano optime *diſcept.*408.*fere per tot.* ſin embarazarſe en lo modificativo, ſino directè, dize, que en el caſo nuevo, donde cõ-tra la ſentencia dada, ſe expreſſan excepciones legitimas que impiden ſu execucion, no ſe atiende que ſon para infringirla, ſino para que ſe juſtifiquen eſtas nuevas cauſas que motivan ſe ſuſpenda ſu execuciõ; y para que ſi huvo dolo en lo ſubſtanciado della, no ay ſentencia ipſo iure, *ex l.dolo de dol.exception.* cuya eſpecie, es, de vn heredero, à quien el teſtador le gravò, que no pidieſſe à cierto deudor del teſtador lo que le debia, y pidiendole la deuda el heredero le obſtò la excep-cion de dolo, por el que tuvo el heredero en pedir lo que ſabia no debia pedir, y aſsi aviendo pedido dicho Colegio, que el Mayor-domo de dichos Proprios le pagaſſe dicho tributo, no ignorando que deſtos no debia pagarſele, porque por la ſentencia referida de Domin go de Zavala ſe le hizo pago en la conſignacion del reſiduo referido, y de los efectos del deſempeño, procediò con dolo en ſu demanda, y manteniendo el miſmo dolo conſiguiò la ſentencia, reſpecto de lo qual es nula, y eſta es excepcion que no quedò excluida por *dd.ll.*4.*et* 11.*nou.recopil.*

Pro-

303. Prosiguiendo idem Gratian.*d.discept.*408. *num.7.et seq.*diziendo,que el impedirse la cosa juzgada no es infringirla, como cosa juzgada,porque como tal puede permanecer, sino para desvanecer la causa en que se fundò,que no toca en su autoridad,sino contra el supuesto,y previas alegaciones de dicho Colegio, sin resistencia de Sevilla à ellas,porque no litigò,ò quando huviera litigado,que se niega, por indefensa,respecto de la prueba que se pidiò, y fue omitida,consiguiendo,mediante lo referido dicho Colegio,el mandar se le pagasse,como Acreedor que afectò ser de todos sus Proprios en virtud de su escritura, no siendolo absoluto,sino apenas,y aun en contingencia limitatiuè,en execucion de la sentencia, y cosa juzgada de Domingo de Zavala, que no ignoraba aver quedado hechas las separaciones de bienes,y pagos que vàn referidas, cuyas suposiciones,en virtud de las quales se obtuvo dicha sentencia, son entre otros, el fundamento para que cesse,y no sea exequible su execucion, por la inexistencia de la sentencia al tiempo que se diò; como assi lo resuelve d.D. Salgad.*in laberynt.d 3.p.cap.1.num.164.*ibi: *Quæ omnia roborantur ex ijs,quæ superius abunde probauimus,&c.Vbi quod sentētia graduationis in faborem alicuius supponentis se creditorem, lata sub hoc supposito,cessat, postquam postmodum detegitur suppositio falsa,et à principio non existens tempore rei iudicatæ.et in terminis post alios probauimus,ex quibus,et alijs ad responsionem argumentorum dicendis,indubitabilis,et invencibilis nostra redditur resolutio,in quæstione proposita.* Y consiguientemente ser excesso en el Juez querer executarla,causando el gravamen qualificado,que queda dicho.

304. Ex quibus omnibus patet, no obstar à lo referido *dd.ll.*4.*et* 11.*tit.*17.*lib* 4.*recopil.*porque aunque D.Salg.*d.* 2.*p. in laberynt. cap.*1. *num.* 168. parece aplica su efecto à las sentencias de revista dadas por el Supremo Consejo, y Regias Chancillerias, contra las quales, y su processo no se pueda dezir de nulidad, dize tambien que por dichas leyes no quedaron excluìdos los casos legitimos que miran al derecho,y justicia principal de las partes,por los quales conforme à derecho comun,y Regio se suele infringir la cosa juzgada, ò suspenderse su fuerça,conviniendo en las condicciones *in debiti,et sine causa,* para repetir lo pagado, y en que dichas leyes hablan de los pleytos fenecidos,pero no de los que se movieren por nuevo instrumento,ò nueva causa,*in d.num.*168.*& in vers.& quod iste post med.* cuyas palabras,aun que se han referido *sup. num.*91. no se pueden omitir aqui, hablando de dicha ley,ibi: *Non tamen ademit casus legitimos tangentes causam,& iustitiam principalem,et ius partium principale, ex quibus de iure communi, ac Regio infringi solet res iudicata,eiusque effectum, et executionem impediunt,vel alias rei iudicatæ vires eneruant,aut cessare faciunt,inter quos,et*

iste

*iste de quo loquimur numerandus; ex tot iuribus permittentibus, de quibus nec loquitur d.l.Regia,nec de eis aliquid dispofuit,nec innouauit; id circo, nec ad eos tanquam correctoria,et limitata trahi potest,nec extendi,sed intacti remanent sub dispositione iuris communis.* y in d.verſ.ibi: *Quia loquitur delitibus iam motis,et finitis,non vero de noua lite ex noua causa.*

305. Reſpecto de lo qual concluye ſu ſentir, en que por nuevas cauſas,como ſon los nuevos inſtrumentos,y otras legitimas,ſe abre el juyzio de la coſa juzgada,aunque ſea por los Supremos Tribunales,y ſe puede reſcindir, como ſucediò en el caſo del Conde de Alba de Aliſte,y en el que queda referido deſpues, en que por aver vencido el deudor comun à los Acreedores, quedo deſvanecida la coſa juzgada contra el que reconociò el cenſo con aver ſido vencido en todas inſtancias,y fue deſpues dado por libre de la obligacion, por las nuevas cauſas que lo motivaron,no obſtando d.l.4. en que ſe fundaba la defenſa de los Acreedores, por deberſe entender conforme à derecho,y ex ęquo,& bono,y con benignidad,*l.quod vero.l.benignius.l.nulla iuris ratio de legib.*y debe ſer preferida la equidad natural,y buena fee à todo lo que fuere contrario.Fontanell.cum multis,*d.deciſ.*177.*ex num.*8 como no obſta en el caſo preſente,por no ſer de los comprehendidos en ellas,como repetidamente queda dicho, y con particularidad *ſup. ex d.num.*74. *ad* 101. y ſer menos ſuſpender la execucion de la ſentencia, y coſa juzgada, que infringirla, ò modificarla mediante nuevas cauſas, nuevo litigio,y nuevos litigantes.

306. Principalmente, quando eſte Juez mixto à començado à oìr,y admitido excepciones,y de contrario ſe conteſtò eſte juyzio,ſatisfaciendo à la falta de poder, que baſta para que aya de determinar ſobre ellas, primero que executar la ſentencia, y ſe le puede obligar à ello.*l.de qua re de iudic.*ibi:*De qua re cognouerit iudex,pronuntiare quoque cogendus erit.*

307. Y Azeved.*in d.l.*4.*tit.*17.*lib.*4.*recopil. num.*4. dize, con expreſion,que ſi ſe pidiere execucion de la coſa juzgada, y el Iuez admitiere alegatos(como eſte Iuez los à admitido, y ante èl ſe han conteſtado)por donde conſte injuſticia en la ſentencia:*Quod tunc iure optimo poterit illa ſententia retractari.*y concluye,diziendo: *Quod eſt optimum ad declarationem dd.ll.*3.*et* 4.*ſi vt iudices provt debent,ſervarent.*por doctrina,*d.l.de qua re de re iudic.et gloſ.in l.*13.*tit.*22.*p.*3.& ex Iaſon *in cap.Bertoldus de re iudic.*Abb.*in cap.cum contingat,col.*3. *de off.delegat.* y otros que cita.

308. Sin que ſuponga ſi ſe quiera dezir, que ſobre vna miſma coſa ſe pueden dar dos executorias contrarias; y ambas ſubſiſtir, *ex l. nam etſi.§.filius de inoff.teſtament.* porque eſto ſe entiende,ſiendo entre diſtintas perſonas, pero no por vna miſma cauſa, y perſonas, como

en

en el caso presente, en el qual *res iudicata* contra *rem iudicatam, non tenet d.l.1.Cod.quand.prouocare non est necess.*

* 309. Y vltimamente, ò dicho Colegio à litigado este juyzio, como nuevo Acreedor à los Proprios de Sevilla que sale, ò lo à litigado como Acreedor graduado en su concurso, que saliò en èl, y bolviò à proceder contra su deudor, y obtuvo en qualquiera de los dos casos executoria para que se le pagasse. Si como Acreedor que se declarò por tal, y fue graduado en la sentencia de graduacion del concurso, no puede tener mas derecho, ni grado que el que entonces se le diò, consintiò, ò no apelò, y passò à cosa juzgada, y quedò la execucion de su paga para en llegando el caso de su grado, para pedirla en aquel mismo juyzio del concurso, y no en otro separado, y contra qualquiera sentencia en via ordinaria, ò executiva que aya obtenido, le obsta la excepcion de la cosa juzgada del concurso, y impide la execucion de otra qualquiera, *d. l. 1. Cod. quand. prouocar. non est necess.*

310. Y si huviesse salido como nuevo Acreedor, y obtenido executoria absoluta para que se le pagasse de los bienes concursados del deudor comun, tampoco es exequible dicha executoria, y se tienē por colusorios los medios de obtenerla fuera del juyzio del concurso, al qual debe remitirse, cuya doctrina en ambos casos es del señor Salgado *in laberynt.d.3.p.cap.1.num.fin.& etiam in laberynt.p.1.cap.4.§.2.num.60.* donde despues de aver controvertidose, si por negligencia del deudor comun, huviesse obtenido algun Acreedor fuera del juyzio del concurso cosa juzgada, para que se le hiziera pago, no era exequiquible, ibi: *Sed nihilominus contrarium verius est, & communiter practicatur, immò quod isti tales creditores, qui alibi sententias obtinuere contra debitorem, pendente concursu vniversali, non possint sua credita exigere seorsum, & separatim, sed omninò debeant pro exactione facienda ingredi concursum, ad quem remitti solent, vt ibi graduentur inter cæteros, ita vt suo loco, & gradu sua credita consequantur, et non antea.*

311. Y dà la razon *ex num.61.ad 64.* diziendo, que en tanto grado es inexequible la via executiva en el Acreedor, que por si solo obtuvo sentencia fuera del concurso para que se le pagasse, que obsta à las disposiciones de derecho, y al perjuyzio de las partes interessadas en el concurso. Lo primero, porque es contra el deudor, respecto de que formado el juyzio del concurso, y estando pendiente, no se puede proceder contra èl por via executiva. *d. num.61.* ibi: *Tum ex capite ipsius debitoris concursus formantis, quo pendente exactio, et executiones suspenduntur, nec possunt vllatenus vexari à creditoribus.*

312. Lo segundo, porque es contra los mismos Acreedores, à quienes no puede parar perjuyzio ninguna cosa juzgada que se hu-

uiesse obtenido, sin averse primero con ellos litigado, assi en lo que mira à la deuda principal, como al grado, ni es exequible *ead. part. & cap. & §. 2. n. 62.* ibi: *Tum etiam ex capite creditorum qui liti concursus universali assistunt, in cuius præiudicium nullus exigere potest, quousque disceptentur omnium simul creditorum gradus, prælatio, & privilegia, AC DENIQVE OMNES GRADATIM SOLVANTVR, quoniam, & si aliqui alibi vicerint debitorem pro suis creditis, non tamen vicerunt prælationem, nec ea deducta fuit, nec potuit in illis diversis Tribunalibus, vbi non adfuerunt cæteri creditores, cum quibus duntaxat causa prælationis tractanda est, quorum tantum interest, cum hoc ius prælationis sit privative creditorum, non communicabile debitori.*

313. Y el mismo D. Salgad. *in Laberynt. d. 1. p. cap. 16. nu. 17.* considerò era monstruoso, que en el juizio de vn concurso sobre la paga, y grado de los acreedores, huviesse via executiva para que vnos cobrassen, y via ordinaria para otros, ibi: *Quibus tamen, & alijs minime obstantibus, contrarium verius est de iure, & sequendum attenta natura iudicij concursus causati per debitorem communem inter suos creditores, vt imo quod licet in id concurrant creditores partim habentes pro suis creditis viam executivam, partim autem viam ordinariam, TOTVM IVDICIVM OMNES INSEPARABILITER COMPLECTENS SIT ORDINARIVM, ET ORDINARIA VIA PERAGENDVM INDISTINCTE QVOAD OMNES, CVM RIDICVLVM FORET, IDEM CORPVS, SEV EANDEM LITEM VNO, ET EODEM TEMPORE SIMVLTANEE TRACTARI VTI ORDINARIAM, ET VTI EXECVTIVAM*, lo qual fuera contra el texto, *in l. Titiæ de condition. & demonstr.* ibi: *Ridiculum est enim, eandem, vt viduam, & vt nuptam admitti, l. iam hoc iure de vulgar. & pupillar.* à que assienten muchos Autores que cita, y concluye diziendo: *Et ad sic sentiendum indissolubilibus moveor fundamentis.*

314. De que concluyentemente se convence el error del Iuez del desempeño en este primer auto, ò sentencia que diò en este pleyto, y la equivocacion, y confusion que huvo en las dos vltimas instancias. El error en dicho Iuez; porque siendolo del mismo concurso, debiò atender, que no podia alterar la cosa juzgada, y juizio principal, y lo decidido difinitivamente en èl, confirmado, y aprobado, ni sacar del juizio del concurso, ni oìr fuera dèl à ningun acreedor nuevo que saliesse, y mucho menos al que yà en el avia sido juzgado, y graduado, porque entonces obraba como persona particular, pues como Iuez no tenia màs jurisdiccion que en el concurso, y que la que le daba su comission, por cuyo error debia ser multado, ò su Assessor, *l. 10. in fin. tit. 17. lib. 4. Recopil. l. si quis absentis, §. si Iudex 4. de obligat. & action.*

La

315. La equivocacion, y confusion en las dos vltimas instancias consistiò en la que se padeciò, y huvo en no averse dado à entender el concurso de Sevilla, el estado de sus Proprios, la sentencia de graduacion de sus Acreedores, ni el grado que tenia este tributo, por falta de justificacion en los autos aunque se alegò, y de prueba, porque se determinò sin ella: todo lo qual si al Consejo huviera sido manifiesto, es de creer que la sentencia del Iuez del desempeño no se huviera confirmado, sino se huviera remitido dicho pleyto al de su cõcurso; porque si no es en èl, no podia ser puesta la demanda de dicho Colegio, y puesta debiera ser repelida.

316. Conque estando manifiesto aora todo lo referido, y deducido ante dicho Iuez mixto, excede en no aver oìdo primero à Sevilla, que passar por via executiva à la execucion de dicha Executoria, mayormente no continiendo esta mas, que el que se le haga pago à dicho Colegio de las rentas de dichos Proprios, y estando estas consignadas en primero lugar à Sevilla, y à la causa comun, para sus alimentos, *iure actionis, & non misericordiæ causa* (que aun bastaba) y el residuo despues de sus gastos, para la paga de los tributos viejos, y de no cabimiento, enque entra el de dicho Colegio, y aviendo otros Acreedores à èl por pagar, como cõsta *ex ventre ipsius litis*, en el instrumento presentado de la sentencia, y de los acreedores pagados, y por pagar, es exequible solo dicha Executoria (caso que subsista) en hazerle pago en el residuo de la renta de dichos Proprios en su lugar, y grado, porque lo contrario fuera en perjuizio de los acreedores anteriores, que ni el derecho, ni la Executoria permiten, y excesso manifiesto *de tempore ad tempus*, y de modo en pagarle aora, que es excepcion impeditiva, D. Salg. *de Reg. protect. 4, p. cap. 9. ex n. 12. ad* 17.

317. Hallase por lo referido vna incompatibilidad bien manifiesta, que impide la execucion de la sentencia en el Juez del desempeño, mas que en otro alguno, à quien se le huviesse cometido, porq̃ el juizio del concurso es ordinario, como queda dicho, no pudiendo ser a vn tiempo executivo, y ordinario; pues aunque los Acreedores lo comiençen executivo, despues de formado se reduce à ordinario, y quando llega el caso del grado del Acreedor, sin ser necessaria via executiva, se le manda hazer pago, respecto de lo qual, como puede ser executable la sentencia presente por dicho Iuez, quando su comission misma se le opone? porque por ella solo puede pagar à los Acreedores deste concurso en su grado, sin que ninguno pueda antes q̃ llegue obligar à que se le haga pago, y constandole, como le consta, ser Sevilla primero Acreedor, y aver otros anteriores al tributo que pide dicho Colegio, como puede anteponer este à los que le antecèden, sin que se dexe de dar excesso en su principal comission, *de per-*

*sona*

*sona ad personam* faltando à pagar à los Acreedores anteriores en grado?

318. Principalmente quando la sentencia de graduacion referida, es cosa juzgada indisputable; y en la de aora que quiere executar, ay las excepciones que el mismo Iuez tiene conocidas, pues las ha reservado para los diez dias, la qual recayò sobre supuestos inciertos, y vna clandestina demanda, ocultando, y huyendo del juizio vniversal del concurso, donde no la obtuviera, por obstarle la cosa juzgada de la sentencia de graduacion referida, de que se seguia con su execucion vn grande absurdo, pues lo fuera, executarse con la paga de dicho tributo, lo que dicho Iuez no puede executar con los Acreedores anteriores à èl, anteponiendo al posterior en grado, al antecedente, contra la *l. quid tamen, aliàs si cum dies.* §. *Sed si aliquem.* 11. *de recept. arbitr.* ibi: *Absurdum enim esse. rursus in alterius personam ratum esse, in alterius non.* D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. c.* 78. *n.* 3.

319. Ni la apelacion al Consejo de la sentencia del Iuez del desempeño, puede obstar à Sevilla, porq̃ quien la interpuso, fue D. Francisco de Arçe, como queda dicho, y el hecho ageno sin orden suya, no puede gravar la *l. si quis in suo,* § *legis, Cod. de inoffic. testament. l. in causæ, de procuratorib. l. si vnus,* §. *ante omnia de pact. cap. causam* 9. *de iudic.* Surd. *consil.* 22. *nu.* 29. *consil.* 145. *num.* 30. *&* *consil.* 173. *num.* 84. ademàs, de que no quita valerse de vn medio, para poder despues bolver à vsar de otro. Glos. *in l. mater* 19. *Cod. de inoffic. testament.* ibi: *Non videtur amittere quod habeo, quod tamen non credo habere, licet eligã quod credo habere.* Y mas adelante, ibi: *Qui scit ius suum, eligendo aliud quod credit habere, non amittit quod habet.*

320. Y siendo el excesso: *Quoddam nouum grauamen extra limites mandatæ potestatis per executorem illatum.* D. Salgad. *de reg. protect.* 4. *p. cap.* 3. *ex num.* 36. teniendo presentes este Juez mixto executor las legitimas excepciones, que se han deducido, y estàn justificadas en los autos, y sobre que ha tomado conocimiento, aviendolas admitido, y oìdo como modificativas, y que pretenden no infringir la executoria (caso que subsista) sino las causas, que la motivaron, para que se modifique, excede en no aver oìdo, y determinado sobre ellas, y à Sevilla, y à la causa publica, como tercero interesado, de cuyo perjuyzio se trata, y passado al grauamen qualificado de la execucion, y embargo de los Proprios; pues si el prender à vno se tiene por execucion irretractable, Garcia *de nobilit. glos.* 6. §. 2. *num.* 23. ex Paul. de Castr. *in l.* 4. §. *condemnatum de re iudic.* ab argumẽto, es lo mismo el embargo en los bienes.

321. Exclamando con Fontanella, y los muchos Autores que cita, *d. decis.* 175. *et præcipuè, decis.* 177. *ex num.* 10. que aunque es de grã-

de

de autoridad la de la cosa juzgada, y conveniente para que tengan fin los pleytos, no debe preferir el rigor de su observancia, por parecer cosa juzgada, à la verdad. y equidad que enseña, y persuade el derecho Divino, Natural, y Positivo, porque no parezca injusta, *l.1.Cod.de legib. l.quotiens nihil 200.de reg.iur.* y queda fundado *sup. ex num.* 82. *ad* 86. Y la cosa juzgada que previno la ley por antidoto para que tuvieran fin los pleytos, resultara en veneno, quando debiera mantenerse por aquel fin.

322. Y asi no deben entenderse *dd. ll.4. et* 11. con lo absoluto, que suenan, sino regladas à la æquidad, y derecho comun, à cuya observancia dirige el Principe las leyes que promulga, si expressamente no las deroga, Vantio *de nullitat. in tit. an quælibet. sentent. impugnar. poss.* ibi: *Videtur dici posse, sententias, processus, et reliqua ab eo iudicialiter gesta, ex præsumpta eius mente legibus vniversalibus, ac positiuo iuri subiacere, ex illisque impugnari, corrigi, et reformari posse voluisse.*

323. Y los casos en que son exequibles, es quando no se oponen à las disposiciones de derecho, estando reservada su inteligẽcia, y execucion à la literatura, y justa consideracion del que lo ha de juzgar, pues aun la sentencia de la Sede Apostolica puede retractarse, ò mejorarse, ibi: *Eritque pia, æqua, et rationabilis interprætatio regentis. Neque absurdum aut novum videri debet, cum sententia etiam Romanæ Sedis possit retractari, aut in melius commutari. cap. sententiam, cap. veniam, cap. Apostolicæ 35.q.9.* donde la glossa dize, que lo mismo debe entenderse de la del Principe, *Si est iniuste lata, aut preces veritate nitantur.*

324. Y no es reparable lo que en el Memorial num. *9.* se dize por el Contador del desempeño de que los corridos de los tributos viejos, se han pagado de la renta de dichos Proprios, pero que los principales se redimian con los efectos del desempeño, y que en otra certificacion que tambien diò, dize, que à ningun tributo de los de no cabimiento, se les han pagado reditos de dichos Proprios, ni se le pagan, porque además de ser Moderno, y mozo dicho Contador en su exercicio, y que apenas le abrà exercido en tomar la razon de lo que el Iuez del desempeño ha librado, sin ser facil discernir lo que ha certificado, lo que quiso dezir por la general, fue (sin atender à que los tributos viejos, y de no cabimiento corre su satisfaccion, y grados debaxo de vna sentencia por las antelaciones de las escrituras) lo cierto, q̃ de ambos generos de tributos no se han pagado reditos de dichos Proprios, y lo possible, q̃ à algunos se les ayan pagado de dichos Propios, q̃ abrà sido de su residuo, q̃ en algunos años passados ayan tenido, y se comprueba esto, de que mal se compadece (sino es en la forma dicha) pagar los reditos de los Proprios, y redimir los principales de otros efectos, como son los del desempeño.

325. Porque la obſervancia del ſummo rigor de derecho debe templarlo la juſta equidad à que perſuaden la razon, y legitimas excepciones que miran à lo contrario *dd. ll.* 14. 18. *et* 25. *de legib.* la qual deben tener ſiempre muy preſentes los Senados Superiores. Ant. Fabr. *in ſuo Cod. lib* 4. *tit.* 15. *de teſtib. de finit.* 33. ibi: *Senatus æquitatis maiorem, quam ſtricti iuris rationem habere debet.*

326. Y aſsi de los exceſſos, aunque por ſu nulidad no es neceſſaria apelacion, puede implorar la parte agrauiada del Iuez executor, y ſubterfugiarſe del Tribunal immediato Superior para que ſuſpenda la execucion del grauamen. Bart. *in l. ab executione n.* 4. *de appellationib.* cuyas palabras hablando de la doctrina de Bart. llamandolas aureas, pone, D. Salg. *de reg. protect. cap.* 3. *num.* 88. *et in n.* 90. ibi: *Quod licet per modum appellationis poſsit quis conquæri de iniquitate executoris, poteſt etiam abſque appellatione quandoque iudicis exequentis, ſcilicèt, Superioris implorare officium, quæ ſunt verba aurea*; y lo miſmo dize *eodem cap.* 3. *num.* 243.

327. Y eſtas providencias, y ſubterfugios, no ſolo ſe hallan por la ley natural, derecho poſitivo, y comun opinion de los DD. ſino tābien en las Divinas Letras ſe hallan Decretos ſuſpendidos al tiempo de la execucion (corriēdo la pluma ſolo por lo literal, ſin extenderla à lo Soberano, y miſterioſo) como es el del ſacrificio de Iſaac. *Geneſ. cap.* 22. pero en terminos de pleyto concluſo, ſentenciado, y pueſto en execuciō, ſe lee aſsimeſmo en el de Suſanna, *Daniel. cap.* 13. cuya cauſa, de adulterio proceſſada, fue recibida à prueba, y en ella depuſieron por teſtigos en ſu defenſa dos Arboles, el *Schino*, y el *Prino* (que defenſas de injuſtas acuſaciones, y demandas de troncos pueden confiarſe) y ſiendo aſsi que la llevaban à executar la ſentencia, como lo refiere el Sagrado Texto, *verſ.* 45. ibi: *Cum duceretur ad mortem.* Se ſuſpendiò por el Profeta Daniel ſu execucion, diziendo con admiracion à los que la condenaron, *verſ.* 49. ibi: *Sic ..... filij Iſrael, non iudicantes, neque quod verum eſt cognoſcentes condemnaſtis filiam* Iſrael, *revertimini ad iudicium, quia falſum teſtimonium locuti ſunt adverſus eam.*

328. Y hallandoſe Sevilla con la defenſa de tantos teſtigos, como ſon la ſentencia de graduacion, q̃ es biē anciana, y mayor de toda excepcion, confirmada, y aprobada por el Rey, y ſu junta del Real Conſejo, y tantas nuevas excepciones, y cauſas, como tiene deducidas, y juſtificadas en los autos, aunque eſte informe tenga tanto de dilatado, quanto le falta de erudito, deſſea lograr lo que ſe lee en el Eccleſiaſtès *cap.* 9. en la Parabola del verſiculo 14. de vna Ciudad ſitiada, con pocos que la defendian, que la obſidiò vn Rey poderoſo, en la qual ſe hallò vn pobre hombre que la defendiò, y la librò, ibi: *Ciuitas parua, et vallauit eam, extruxitque munitiones per gyrum, et perfecta eſt obſidio. Inven*

*ventusque est in ea vir pauper .... & liberauit vrbem.....* Y no es de omitir en el Texto lo que prosigue, ibi: *Et nullus deinceps recordatus est hominis illius.*

329. Y atendidas las causas, y excepciones que por Sevilla se han fundado con dilacion, assi à la vista del pleyto, como en lo escrito, cōtra la erudicion del Poeta.

*Pauca loqui prudens, audireque plurima debet.*

Si bien para decretar, y oìr los señores Juezes se puede aplicar el verso que se le sigue.

*Os vnum, binasque aures id circo tenemur.*

En que parece que diò la naturaleza este mas provision de Audiencia, fuera de que en negocio tan grave, y de tantas consequencias perjudiciales à lo Grande de Sevilla, y dilatado de su causa comun, y publica, pudiera juzgarse poco aprecio, no mucha justicia, ò demasiada confiança, haziendola de su misma brevedad.

330. O, persuacion diabolica del vso Laconico introducido, como la intentò, y logrò el enemigo comun con los primeros Padres, y se lee *Genes. cap. 3. vers. 5.* proponiendoles, que en qualquiera dia, que comiessen del Arbol vedado, serian como Dioses, y se hallarian con sciencia de lo bueno, y de lo malo, ibi: *In quocumque die comederitis ex eo, eritis sicut Dij scientes bonum, & malum*; en que (siguiendo lo literal, y repitiendo, sujetar este dezir à la inteligencia de los Padres de la Iglesia) parece es de reparar, que su Consejo no lo restringiò, para ser scientificos, al dia entero, sino à la stricta circunstancia del movimiēto ligero de solo el comer; porque sabia que con solo vn vocado quedaba quebrantado el Divino precepto. Y si fue, y se experimentò à tan grande costa el efecto de la persuacion, pues reduxo al breve tranto, que se compone de vn abrir, y cerrar de los labios, el que avia de quedar infusa en el hombre la sciencia de lo bueno, y de lo malo, parece se puede dezir, ser diabolico sentir tambien el del vso de la Laconica brevedad, en el que escrive, para que aya de explicarse por Enigmas, y en el que lee, para que con solo vn abrir, y cerrar de ojos, à que apenas quisieran se extendiesse lo escrito, comprehender todo lo que por obligacion ay que dezirse para resolver.

331. Pero aunque solicita Sevilla, que como al tiempo de la execucion se impidiò, y suspendiò la sentencia que lleva referida *suprà num.* 327. se sirva la Sala por los meritos de la justicia que le assiste, de pronunciar *reuertimini ad iudicium, &c.* declarando excede el dicho Juez mixto, siendo lo acertado lo que la Sala dicidiere, pues Sevilla cumple con la obligacion precisa de pedirlo, y la Sala con la de su justificado dictamen, como juzga siempre, y de Juezes tan Superiores se debe entender assi, *l. vnica. de off. Praefect. Praetor.* ibi: *Credidit Princeps*

*eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, & grauitate, ad tãti officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse, quam Princeps foret iudicaturus.* D. Solorç. *de iur. indiar. lib. 2. cap. 7. n. 30.* D. Valenç. Velasq. *cons. 161. num. 17.* à cuyo dictamen obsequiosa Sevilla, dize con Tacito: *Tibi summum iudicium Dij dedere, nobis obsequij gloria relicta est.* Salvo, &c.

*D. Andres de Herrera*